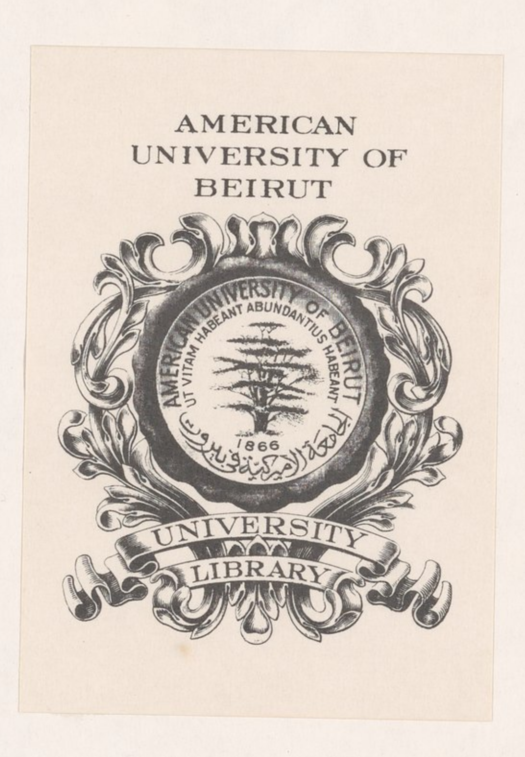
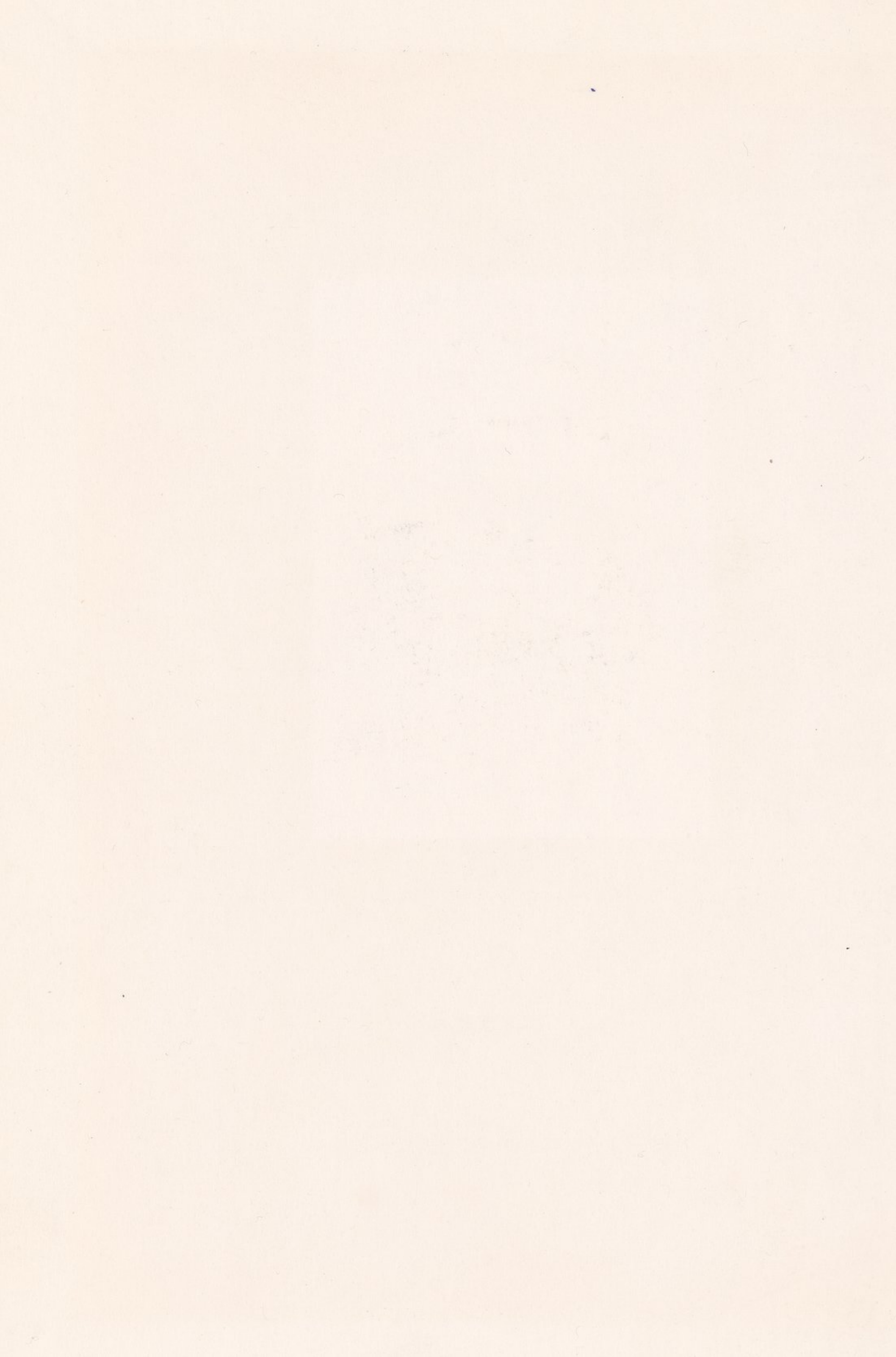
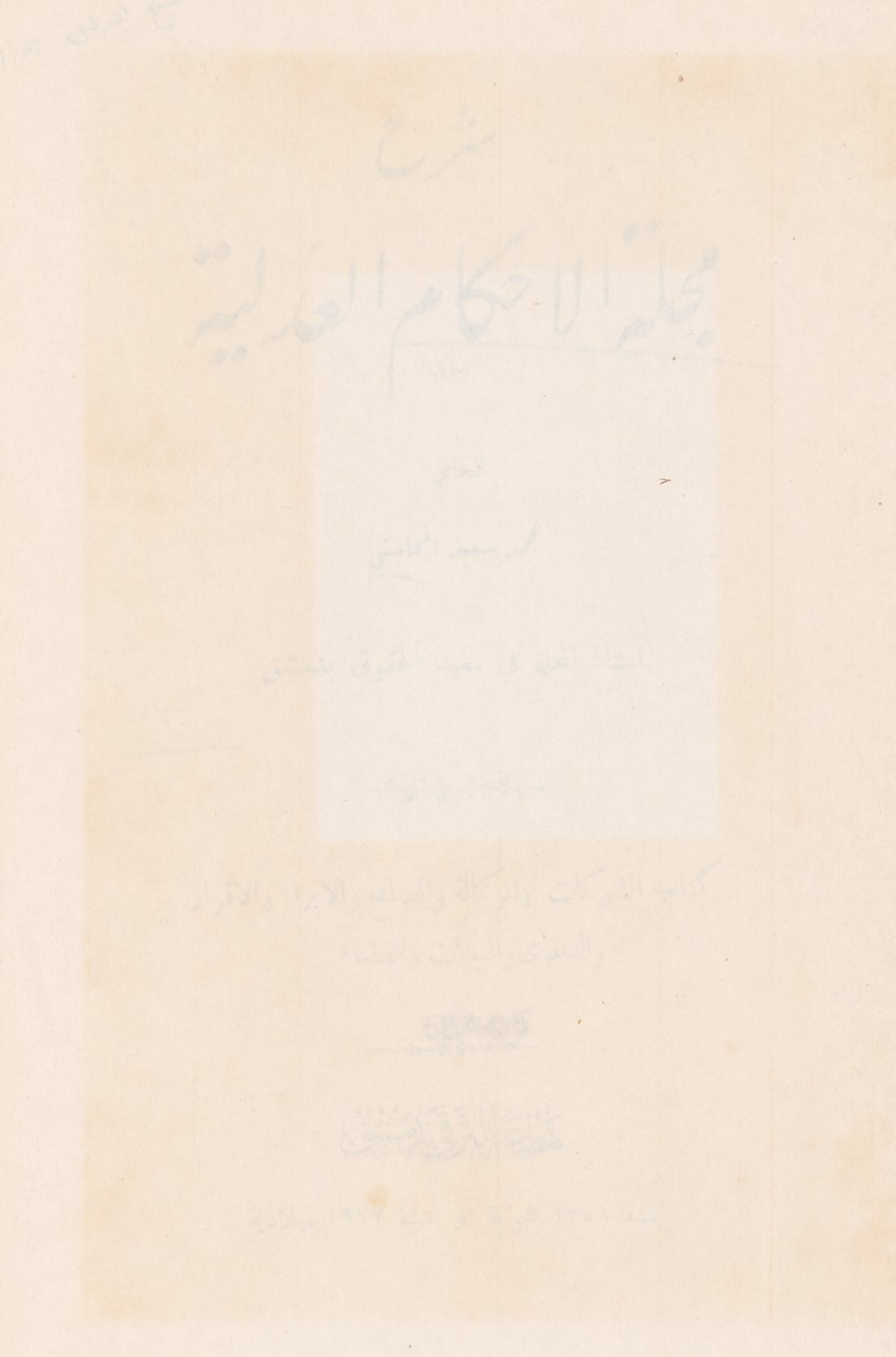

AMERICAN
UNIVERSITY OF
BEIRUT
AMERICAN UNIVERSITY OF BEIRUT
UT VITAM HABEANT ABUNDANTIUS HABEANT
1866
الجامعة الأميركية في بيروت
UNIVERSITY
LIBRARY







شرح

مجلة الاحكام العدلية

تأليف

محمد سعيد المحاسني

استاذ المجلة في معهد الحقوق بدمشق

كتاب الشركات والوكالة والصلح والابراء والاقرار
والدعوى والبينات والقضاء

مطبعة الترقي بدمشق

سنة ١٣٤٦ هجرية و سنة ١٩٢٧ ميلادية



شرح

مجلة الأحكام العدلية

للمحامي

محمد سعيد المحاسني

استاذ المجلة في معهد الحقوق بدمشق

٣

كتاب الشركات والوكالة والصلح والابراء والاقرار
والدعوى والبينات والقضاء

مطبعة الترقي بدمشق

سنة ١٣٤٦ هجرية و سنة ١٩٢٧ ميلادية

الكتاب العاشر

﴿في انواع الشركات و يشتمل على مقدمة وثمانية ابواب﴾

المقدمة

(في بيان بعض اصطلاحات فقهية)

لا ريب ان شركات الاباحة عرفت منذ عرف الانسان لانه محتاج للاستحواذ على ما يلائمه وهو شريك لغيره في ذلك و بعد اعصر حدثت شركة الملك بين الناس وصار الانسان بميله للأدخار يميل للخلفية فيترك الى اولاده وذويه ما كان يملكه حال حياته و بعد ذلك عرفت اسباب الملك وعرفت شركات العقد من طريق البيع والشراء وتكونت التجارة بالطرق البسيطة الى ان وصلت الى ما هي عليه الآن

مشروعية الشركة ثابتة بالكتاب فقد قال الله تعالى (فهم شركاء في الثلث) و بالسنة عنه عليه الصلاة والسلام (كنت ايام الجاهلية شريكاً لسائب) وقال ايضاً (قال الله تعالى انا ثالث الشريكين مالم يخن احدهما صاحبه فاذا خان خرجت)

مادة ١٠٤٥ [الشركة في الاصل هي اختصاص ما فوق الواحد بشيء وامتيازهم به]

مثلاً اذا اشترك اثنان بحصان يكونان قد اختصا وامتازا به [لكن تستعمل ايضاً عرفاً واصطلاحاً بمعنى عقد الشركة الذي هو سبب لهذا الاختصاص] وان لم يكن هنالك اختلاط مال . فأذا وضع اثنان مائة ليرة مناصفةً وعقدا بينهما شركة يكونان شريكين وان لم

يخلطا المال ببعضه [فتنقسم الشركة المطلقة بناء على هذا الى قسمين الاول شركة الملك وتحصل بسبب التملك كالأتهاب والاشتراء] والاستيلاء على المال المباح وقبول الصدقة وقبضها والارث والوصية واختلاط المال بناءً عليه اذا اشترى اثنان مالا او ورثا احداً فيكون المال مشتركاً بينهما

واعلم بان تعريف الشركة الوارد في هذه المادة ليس بجامع لافرادها لان خلط المال بدون عقد شركة داخل تحت احكام هذه الشركة وخارج عن تعريفها . اما ركن الشركة فهو خلط المال بحيث يصير تفريقه متعسراً او متعذراً وشرطها ان يكون المعقود عليه قابلاً للشركة فلا يصح تشريك المتولي احداً بمنافع الوقف الموقوف على جهةٍ « مادة ١٠٦٧ » وحكمها ان يكون المال المخلوط او المختلط مشتركاً وان يكون كل من الشريكين اجنبياً بالتصرف المضر بحصة شريكه .

[الثاني شركة العقد وتحصل بالايجاب والقبول بين الشركاء وتأتي تفصيلات القسمين في بابهما المخصوص] وحكم هذه الشركة هو تقسيم الارباح المتصلة من رأس المال المشترك بين الشركاء . (بحر)

[وسوى هذين القسمين شركة الاباحة وهي كون العامة مشتركين في صلاحية التملك والاحراز للاشياء المباحة التي ليست في الاصل ملكاً لاحد كالماء] والهواء والكلاء النابت في الجبال والاحراج الجبلية الغير المملوكة .

وقد اغفلت المجلة قسماً من الشركة وهو ما يكون في الحقوق المجردة التي ليست ملكاً .

مادة ١٠٤٦ [القسمة عبارة عن التقسيم تعريفها وتفصيلها يأتي في بابها المخصوص] .

مادة ١٠٤٧ [الحائط عبارة عن الجدار والطبلة والجيت وهو ما يعمل من الاغصان جمعه حيطان]

مادة ١٠٤٨ [المارة عبارة عن المارين والعابرين في الطريق العام]

مادة ١٠٤٩ [القناة بفتح القاف مجرى الماء تحت الارض قسطلاً او سياقاً تجمع على قنوات]

مادة ١٠٥٠ [المسناة بميم مضمومة وسين مفتوحة ونون مشددة الحد والسد الذي بنى في وجه الماء وحافات فوهات الماء جمعها مسنيات]

مادة ١٠٥١ [الاحياء عبارة عن التعمير وجعل الارض صالحة للزراعة] برفع الاحجار والشوك والادغال منها ·

مادة ١٠٥٢ [التحجير وضع الاحجار وغيرها في اطراف الارض] الموات [من واحدٍ لاجل ان لايضع آخر يده عليها] ·

مادة ١٠٥٣ [الانفاق عبارة عن صرف المال وخرجه]

مادة ١٠٥٤ [النفقة الدراهم والزاد والذخيرة التي تصرف في الحوائج والتعيش]

مادة ١٠٥٥ [التقبل تعهد العمل والتزامه]

مادة ١٠٥٦ [المفاوضان عاقدا شركة المفاوضة] ويجوز ان يكونا اكثر من اثنين الا ان المجلة عرفت القليل الادنى ·

مادة ١٠٥٧ [رأس المال عبارة عن السرماية]

مادة ١٠٥٨ [الربح هو عبارة عن الكسب]

مادة ١٠٥٩ [الابضاع اعطاء شخص آخر رأس مال على كون الربح تماماً عائداً اليه فرأس المال هو البضاعة والمعطي المبضع والآخذ المستبضع]

﴿ الباب الاول ﴾

(في بيان شركة الملك و يشتمل على ثلاثة فصول)

« الفصل الاول »

(في تعريف شركة الملك وتقسيمها)

مادة ١٠٦٠ [شركة الملك هي كون الشيء مشتركاً بين اثنين فاكثر اي مخصوصاً بينهما بسبب من اسباب الملك كاشتراء واتهاب وقبول وصية وتوارث او بخلط اموالهم اواختلاطها]من الشركاء اومن غيرهم باذنهم [بصورة لا تقبل التمييز والتفريق كأن يشتري اثنان مثلاً مالاً او يهبهما واحد او يوصي لهما و يقبلا او يرثاه فيصير ذلك مشتركاً بينهما ويكون كل منهما شريك الآخر في هذا المال كذلك اذا خلط اثنان ذخيرتهما ببعضها اوانخرقت عدولهما بوجه ما فاختلطت ذخيرة الاثنين ببعضها فتصير هذه الذخيرة المخلوطة او المختلطة بين الاثنين مالا مشتركاً] والفائدة من حصول هذه الشركة بالخلط والاختلاط تظهر بتلف قسم من المال المشترك فأنه يتلف بحق الشركاء والباقي يقسم بينهم .

وقد عرف واضع القانون شركة الملك في المادة ١٠٤٥ وفي هذه المادة وانما اعيد التعريف توطئة لبيان معظم اسباب هذه الشركة التي عرفت من طريق الاستقرار والتعامل كالاشتراء والاتهاب والبعض منها عرف من طريق التعاليم الآلهية كقبول الوصية وجهات الميراث و يكون الاشتراك بالاقرار و ببدل المنفعة و باجرة عمل قام به اكثر من واحد مشتركاً .

مادة ١٠٦١ [فلو كان لرجل دينار ولآخر من جنسه ديناران فاختلط دينار الرجل بهما بحيث لا يقبل التمييز ثم ضاع اثنان منهما و بقي واحد يكون الباقي بينهما

مشتركاً مثالثةً ثلثاه لصاحب الدينارين وثلثه لصاحب الدينار] اما لو خلط صاحب الدينار ديناره مع دنانير الآخر بدون اذن يكون غاصباً وضامناً لما تلف ما لم يكن ديناره مثقوباً او ذو تاريخ معلوم .

مادة ١٠٦٢ [شركة الملك تنقسم الى قسمين اختياري وجبري]

اما شركة العقد فلا تكون الا اختيارية لان نوعي الاكراه معتبران في التصرفات القولية .

ماده ١٠٦٣ [الشركة الاختيارية الاشتراك الحاصل بفعل المشتركين

كالاشتراك الحاصل في صورة الاشتراك الحاصل في صورة الاشتراء والاتهاب وقبول الوصية وبخلط الاموال المحررة قبل] وكذا فعل اللسان لانه من الجوارح كقبول الوصية والاشتراء .

مادة ١٠٦٤ [الشركة الجبرية الاشتراك الحاصل بغير فعل المتشاركين كالاشتراك الحاصل في صورتي التوارث واختلاط المالين] لان الارث تمليك اجاري .

مادة ١٠٦٥ [اشتراك الودعاء المتعددين في حفظ الوديعة من قبيل الشركة الاختيارية اما اذا هبت الريح والقت جبة احد في دار مشتركة فشركة اصحاب الدار في حفظ هذه الجبة تصير من قبيل الشركة الجبرية] لان الحفظ الواجب عليهم لم يكن ناشئاً عن فعلهم ولهذا يمكننا ان نقول بان كلا من الشركة الجبرية والاختيارية قسمان شركة ملك وشركة حفظ .

مادة ١٠٦٦ [شركة الملك تنقسم ايضاً الى قسمين شركة عين وشركة دين]

واذا قيل بأن الملك هو الاعيان والمنافع « مادة ١٢٥ » والدين وصف شرعي فهو لا ملك ولا منفعة لذلك فتقسيم الملك الى عين ودين هو تقسيم الشيء الى نفسه والى غيره فنقول ان الدين وان كان ليس بمال في الحال انما هو مال في المآل « مادة ٦٣١ » وعند القبض تكون شركة الدين شركة عين .

اما الشركات الواردة في المجلة فهي (١) الشركة الاختيارية في العين (٢) الشركة

الاختيارية في الدين (٣) الشركة الجبرية في العين (٤) الشركة الجبرية في الدين (٥) الشركة الاختيارية في الحفظ (٦) الشركة الجبرية في الحفظ (٧) شركة اموال عقد المفاوضة (٨) شركة اعمال عقد المفاوضة (٩) شركة وجوه عقد المفاوضة (١٠) شركة اموال عقد العنان (١١) شركة اعمال عقد العنان (١٢) شركة وجوه عقد العنان ٠

مادة ١٠٦٧ [شركة العين الاشتراك في المال المعين والموجود كاشتراك اثنين شائعاً في شاةٍ او في قطيع غنم] فيما هو قابل للاشتراك لذلك لا شركة في المباحات والنكاح والوقف ٠

مادة ١٠٦٨ [شركة الدين الاشتراك في مبلغ الدين كاشتراك اثنين في قدر كذا قرشاً في ذمة انسان] كبيع اثنين فرسهما المشتركة بينهما مناصفة لآخر بمبلغ ٠ وكذا شركة ورثة الدائن المتوفي بماله في ذمة مديونه ٠ والفائدة من الشركة هو ان يكون من لم يقبض ذا حق فيما يقبضه الآخر من الدين فيأخذ حصته منه ٠



الفصل الثاني

(في بيان كيفية التصرف في الاعيان المشتركة)

الاعيان المشتركة : الابنية والاراضي والحيوانات واللباس والكيلي والوزني والعددي المتقارب ٠

مادة ١٠٦٩ [كيفما يتصرف صاحب الملك المستقل في ملكه يتصرف ايضاً في الملك المشترك اصحابه بالاتفاق كذلك]

لان اختصاصهم به كاختصاص الشخص المنفرد بملكه فاتفاقهم على التصرف به كتصرف الشخص بملك نفسه لان الامرين اذا اتحدا في الوضع اتحدا في الحكم ٠

مثلاً اذا باع اثنان او آجرا ملكهما المشترك من آخر صح البيع و يكونان شريكين في الثمن والبدل وكذلك للمالكين رهن ملكهم المشترك بمقابل دينهم وايداع ما يملكونه واعارته وهبته واقراضه ولهم السكنى معاً في الدار المشتركة وزراعة الاراضي المشتركة اذا اتفقوا في عملهم وليس لاحدهم الانفراد في بعض العقود كالبيع والهبة والايجار والاعارة والايداع والهدم والانشاء وله الانفراد في البعض الآخر كاجبار شريكه على البيع والايجار كما سيفصل ذلك ٠

مادة ١٠٧٠ [يسوغ لاصحاب الدار المشتركة ان يسكنوا فيها جميعاً] اذا اتفقوا على ذلك وكانت الدار تتحمل سكناهم ولهم الدخول والخروج واستعمال توابع السكنى [لكن اذا ادخل احدهم اجنبياً في تلك الدار فللآخر منعه] لان ادخال الاجنبي هو تصرف في ملك الغير بدون اذنه (خيريه) حتى اذا اذن بعضهم فللآخرين المنع ٠ مثلاً اذا سكن الدار المشتركة شقيقان وشقيقتان واسكن الشقيقان زوجاتهما فليس للشقيقتين ادخال رجالهما للدار بدون اذن شقيقيهما ٠

مادة ١٠٧١ [يجوز لاحد اصحاب الحصص التصرف مستقلاً في الملك المشترك بأذن الآخر]

فاذا كان الاذن صريحاً تصرف الشريك في الملك المشترك تصرفاً نافعاً او مضراً كالبيع والايجار والاعارة والهبة والتسليم والرهن واذا كان الاذن دلالة فيجوز للشريك التصرف في الملك المشترك بالسكني وتوابع السكنى اذا كان المال المشترك عقاراً و بالركوب والتحميل اذا كان المال المشترك حيواناً و يالاستخدام اذا كان اجيراً و بالزراعة اذا كان ارضاً [لكن لايجوز له ان يتصرف تصرفاً مضراً بالشريك] واذا تصرف الشريك بغياب شريكه تصرفاً مضراً فليس للحاكم منعه لان سبق الدعوى شرط للحكم « مادة ١٨٢٩ » (انقروي) والحاكم لا يملك حق الدعوى والحكم .

مادة ١٠٧٢ [ليس لاحد الشريكين ان يجبر الآخر بقوله اشتر حصتي او بعني حصتك] وليس له مراجعة الحاكم واقامة الدعوى على شريكه بذلك [غير ان المحل المشترك بينهما ان كان قابل القسمة والشريك ليس بغائب] لان القاضي لا قضاء له على الغائب [يقسم وان كان غير قابل للقسمة فلهما التهايؤ كما تأتي تفصيلاته في الباب الثاني]

ن هذه المادة امرت بالقسمة اذا كان الملك المشترك قابلا للقسمة والا امرت بالتهايؤ . وحكمها فيما يتعلق بالعقار منسوخ لان قانون تقسيم الاموال الغير المنقولة المؤرخ في ١٤ محرم سنة ١٣٣٢ امر بأجراء القسمة اذا كان العقار قابلاً للقسمة والا فبيعه اذا كان غير قابل للقسمة ومنع المهايئة مطلقاً

والوجه في قبول هذه المادة هو ما قد عرف عن البيع لان الصحيح منه ما يكون بالتراضي بين العاقدين اما بيع مال المماطل والمفلس المديون جبراً فقد شرع لايفاء ما عليهما من سابق الحقوق وهو كالقسمة الجبرية بين الشركاء .

مادة ١٠٧٣ [الاموال المشتركة في شركة الملك تقسم حاصلاتها بين اصحابها على قدر حصصهم]

لان الحاصلات نماء الملك فيثبت للشركاء على نسبة حصصهم في المال المشترك .

[فاذا شرط احد الشريكين في الحيوان المشترك شيئاً زائداً على حصته من لبن

ذلك الحيوان او نتاجه فلا يصح] وكذا تقسيم حاصلات الارض واثمار الكروم المشتركة وثمن المبيع و بدل الايجار المشترك ٠

لان الشرط مناقض لقواعد التشريع في حقوق الملك فيكون لغواً و باطلاً الا اذا تبرع احد الشركاء للآخر بحصته من الثمن فهو جائز ٠

مادة ١٠٧٤ [الاولاد في الملكية تتبع الام مثلاً اذا كان لواحد حصان فعلا على فرس لآخر فالفلو الحاصل لصاحب الفرس وكذا اذا كان لواحد حمام ذكر ولآخر انثى فالفراخ الحاصلة منهما لصاحب الانثى] . وليس للآخر شيءٌ منها (هنديه) ٠

وذلك لان الماء الذي يتكون من الحيوان غير متقوم عند خروجه من صلب الذكر وحينما يستقر في رحم الانثى و يتغذى و ينمو وتحدث فيه الحياة ويبرز مستقلاً فيها عن امه يعرض له وصف التقوم المالي بالاستناد الى اصل الحياة الحيوانية ولذلك ثبت فيه الملك لمالك الام لانه نماء ملكه ٠

مادة ١٠٧٥ [كل واحد من الشركاء في شركة الملك اجنبي في حصة الآخر] بالتصرف المضر والتصرف المتساوي ضرره وفائدته (طحطاوي)

[ليس واحدٌ وكيل عن الآخر بدون اذنه] كما هو الحال في شركة العقد ولذلك ليس للشريك ايجار المال المشترك واذا آجره وتلف فللشريك الآخر تضمين الشريك والمستأجر ٠ وكذا ليس للشريك بيع المال المشترك وايجاره وهبته وقطعه واستهلاكه واخذه للسفر وهدمه ٠ واذا باع الشريك جميع المال المشترك فالشريك الآخر بالخيار ان شاء اجاز البيع وان شاء لم يجز واذا باع الشريك حصته يصرف البيع لحصته فقط واذا كان البائع فضولياً وباع النصف من مال مشترك بين اثنين مناصفة فلكل من الشريكين اجازة البيع فاذا اجازاه يكون البيع مصروفاً لنصف حصة كل منهما واذا اجازه احدهما فتكون حصة المجيز فقط مباعة وحصة غير المجيز باقية له ٠

[لكن كل واحد من اصحاب الدار المشتركة يعتبر صاحب ملك مخصوص

على وجه الكمال في السكنى وفي الاحوال التابعة لها كالدخول والخروج مثلاً احد الشريكين في البرذون اذا اعاره او آجره بدون اذن الآخر و تلف بيد المستعير او المستأجر فلهذا الآخر ان يضمنه حصته] او يضمنها الى المستعير او المستأجر لان المؤجر غاصب والمستأجر غاصب الغاصب . وكذا اذا اعاره او آجره وازال التعدي بعد ذلك لا تعود يده المحققة ولا يخلص من الضمان مالم يسلم الملك المشترك الى شريكه (تكملة ردالمحتار) اما لو تعدى الشريك على المال المشترك عندما كان يحافظ عليه في نوبته ثم ازال التعدي وتلف المال المشترك لا يضمن .

[كذلك اذاركب احدهما البرزون المشترك] وتلف بينما كان ذاهباً يضمن اما اما لو تلف بعد زوال التعدي يسقط الضمان [وكذا اذا حمله بلا اذن يكون ضامناً حصة الآخر] اذا كان الحمل فوق المعتاد لان تحميل الحيوان المشترك من احد الشريكين جائز « مادة ١٠٨٠ » وكذا اذا استعمله مدة بركوبه فصار مهزولاً ونقصت قيمته يكون ضامناً نقصان قيمة حصته اما احد الشريكين اذا سكن مدة في الدار بدون اذن الآخر فهو ساكن في ملك نفسه فبهذه الجهة لا يلزمه اعطاء اجرة لاجل حصة شريكه] ولو كان العقار معداً للاستغلال [ولا يلزمه ايضاً ضمان لو احترقت هذه الدار بلا تعد] . اما لو احرقها قصداً يضمنها و يضمن العقارات المجاورة لها ويضمن ايضاً الاشياء التي لم تتمكن اصحابها من رفعها منها عند الحريق .

مادة ١٠٧٦ ليس لاحد الشركاء ان يزرع الارض المشتركة ولو بغياب شريكه [واذا ذرع احد الشركاء في الارض المشتركة] ونبت الذرع او ادرك او قرب من الادراك [لا صلاحية للآخر في طلب حصته من الحاصلات على عادة البلدة مثل ثلث او ربع] وليس له ايضاً طلب الاجرة ولو كانت الارض معدة للاستغلال وعادة البلدة

اعطاء صاحب الارض اجراً او حصة من المحصول لان الانسان لا يكلف بدفع اجرة على الانتفاع في ملكه ما لم يكن الشريك وقفاً او يتيماً او بيت مالٍ فأنه يعطى له الا كثر من اجر المثل ونقصان الارض [لكن اذا نقصت الارض بذراعته فله ان يضمن الشريك الزارع قيمة نقصان حصته] واذا زال النقص زال التضمين واذا نبت الزرع ولم يدرك تقسم الارض بينهما و يبقى زرع الزارع في حصته و يقلع من حصة الشريك و يدفع له نقص الارض (رد المحتار) . وكذا الحال في البناء (فيضيه) واذا لم ينبت الزرع فللشريك اما ان ينتظر لحين نباته و يعامل شريكه كما مر واما ان يدفع قيمة البذر ويستلم حصته مزروعة اذا كان الشريك حاضراً واذا كان غائباً يعمل بصراحة المادة ١٠٨٥ .

مادة ١٠٧٧ [احد الشريكين اذا آجر لآخر المال المشترك وقبض الاجرة يعطي الآخر حصته منها]

هذه المسئلة من المسائل المتفق عليها في المذهب وهي مفروضة فيما لو كان الشريك الآخر حاضراً بدليل ما سيأتي في المادة ١٠٨٤ واما اعطاء الآخر اجرته ماخوذة عن محمد بن الحسن لأن الاجرة بعد قبضها تكون عيناً بيد القابض وصار القابض لها واضعاً يده على مال الغير فيجب عليه رده وقد تقوم المنافع بدون مباشرة ملاكها كعقود التقويم بعد استيفاء تلك المنافع فعلاً . وتكون يد الشريك على حصة شريكه من الاجرة يد امانة لا يد ضمان على ما ارى لاني لم اجد نصاً يوجب اعتبار الشريك غاصباً لحصة شريكه من الاجرة والامانة اقل من الضمان .

ويدفع الشريك اجرة حصة شريكه الحاضر بحكم هذه المادة سواء اجاز الاجارة بعد انقضاء مدتها او بأولها او بانقضاء قسم منها خلافاً لما ارتآه بعض الفقهاء حيث قالوا بعدم شركة الشريك في الاجرة . وكذا اذا لم يقبض الشريك المؤجر الاجرة لا يكلف بدفعها من ماله وذلك خلافاً للايجار من الفضولي لان الشريك اذا لم يجز الاجارة وانقضت المدة فليس له مطالبة الفضولي بما قبضه .

مادة ١٠٧٨ [يسوغ للحاضر ان ينتفع بقدر حصته في الملك المشترك في حال غيبة الشريك الآخر اذا وجد رضاه دلالة على الوجه الآتي بيانه]

واذا كان الغائب غير راض صراحة او دلالة فليس للشريك التصرف والانتفاع ٠

مادة ١٠٧٩ [انتفاع الحاضر في الملك المشترك بوجه لا يضر الغائب يعد رضى من الغائب] كتحميل الحيوان واستخدام الاجير المشترك والحرث والنطس في الارض المشتركة وزراعتها وسكنى الدار المشتركة وليس له الانتفاع في ما يضر الغائب كلبس اللباس وركوب الحيوان المشترك وسكنى الدار المشتركة بعياله الكثيرة وزراعة الارض زراعة مضره ٠

مادة ١٠٨٠ [لا يوجد من الغائب رضاً دلالة على الانتفاع بالملك المشترك المختلف باستعمال المستعمل فلا يجوز لبس الالبسة المشتركة في غياب احد الشريكين وكذا لا يجوز ركوب البرذون المشترك في غيبة احد الشريكين اما في الاشياء التي لا تختلف باختلاف المستعمل مثل تحميل وحرث فله استعماله بقدر حصته كما لو غاب احد الشريكين في الخادم المشترك فللحاضر استخدامه في نوبته]

لان المختلف باختلاف الاستعمال لا تمكن المهاياة فيه زماناً ولا مكاناً لان الحصة من الزمن والحصة من المال المشترك لا يكفيان لضبط المنفعة المستوفاة من هذا النوع من المال المشترك واستعمال هذا المال منقص لقيمته في اغلب افراده اما مالا يختلف باختلاف الاستعمال فالحصة من الزمن والحصة من المال تكفي لضبط المنفعة المستوفاة في جميع افراده وعلى كل الاحوال اذا استعمل الشريك المال المشترك في غياب شريكه مدة طويلة وتلف يضمن قيمته ٠

مادة ١٠٨١ [السكنى في الدار لا تختلف باختلاف المستعمل بناءً عليه اذا غاب احد الشريكين في الدار المشتركة مناصفةً فسكن الآخر ستة اشهر وترك ستة اشهر فأنه يجوز له الانتفاع على هذا الوجه لكن اذا كانت عائلته كثيرة تصير من قبيل المختلف باختلاف المستعمل وفي ذلك لا يوجد رضى الغائب دلالة] ٠

ثم ان الشريك الحاضر له سكنى الدار في نوبته وليس له ايجارها من آخر واذا استعمل

الشريك الحاضر الدار ستة اشهر وتركها ستة اشهر ثم حضر الغائب فليس له طلب استعمال الدار مدة عادل المدة التي استعملها بها شريكه لانه كان تركها له خالية بما يعادل مدة استعماله .

وكذا يجوز للشريك الحاضر استعمال الدار حال غياب شريكه لان ترك الدارخالية يوجب خرابها وعندها يجوز للشريك الغائب متى حضر ان يسكن الدار مدة تعادل المدة التي سكنها بها شريكه وقد اجازت المادة « ١٠٧٩ » استعمال الشريك الملك المشترك حال غياب شريكه بدون تعيين مدة فكان الاولى بجمعية المجلة ان لا تقيد الشريك بهذه المادة يمكننا ان نقول ان المجلة استعملت الاحتباك في عباراتها هذه قياساً لقوله تعالى (هو الذي جعل لكم الليل مظلماً لتسكنوا فيه والنهار مبصراً) اي (النهار مبصراً لتبتغوا من فضله) .

مادة ١٠٨٢ [لا يجوز للحاضر ان يسكن في حصة الغائب في الدار المشتركة اذا كانت الحصص مفرزةً ومقسومة لكن اذا خيف خرابها من عدم السكنى فالحاكم يؤجر هذه الحصة افرزة ويحفظ اجرتها للغائب]

لان افراز الحصص تدفع الحاجة التي مست لاستعمال مال الغير وخوف الخراب يجعل حصة الغائب معروضة للتلف ومن وظائف الحاكم محافظة هذه الاموال بالقدرالممكن .

مادة ١٠٨٣ [المهايئة انما تعتبر وتجري بعد الخصومة فأذا سكن احد الشريكين في جميع الدار المشتركة مدة مستقلاً ولم يدفع اجرة حصة الآخر فلا يسوغ لشريكه ان يقول له اما ان تدفع لي اجرة حصتي عن المدة واما ان اسكن انا بقدر ما سكنت وانما له بالقسمة اذا كانت الدارقابلة للقسمة ان ارادو تعتبر المهايئة من بعد ذلك ان ارا لكن اذا غاب احد الشريكين فسكن الحاضر في الدار المشتركة مدة كما مر بيانه ثم حضر الغائب فيسوغ له ان يسكن فيها بقدر تلك المدة]

ان ما ورد في هذه المادة فيما يتعلق بالمهايئة بغير المنقول ملغيً بقانون تقسيم الاموال غير

المنقولة وقد ورد في هذه المادة ان الشريك الغائب ليس له ان يطلب من الشريك الساكن اجرة واذا ظن الشريك الساكن ان عليه الاجرة ودفعها فله استردادها واذا كان الشريك غائباً وسكن الحاضر الدار المشتركة فللشريك الغائب السكنى بها مدة تعادل المدة التي سكنها الشريك الحاضر (رد المحتار)

مادة ١٠٨٤ [احد الشريكين الحاضر اذا آجر الدار المشتركة فأخذ من اجرتها حصته وحفظ حصة الغائب جاز وحين حضور الغائب يأخذ حصته منه]

واذا امتنع يجبر على دفعها . لان الشريك وان كان اجنبياً بحصة شريكه بغير ما تدعوا اليه حاجة الشريك الحاضر وليس من احتياج للشريك الحاضر بأيجار حصة الغائب مع حصته فكان من مقتضي القواعد عدم نفاذه تصرفه على الغائب وعدم استحقاق الغائب شيئاً من الاجرة لعدم دخوله في العقد ومعلوم ان المنافع تتقوم بالعقود الا ان العرف جعل الشريك مأذوناً من قبل الغائب بمثل هذا العقد وعليه ملك الغائب ما اصاب حصته من الاجرة ووجب على الشريك الآخر تسليمها .

مادة ١٠٨٥ [يجوز لاحد الشريكين في الاراضي المشتركة ان يزرع] مقدار حصته في الارض المشتركة في كل سنة بشرط ان يكون زرعه في نفس الارض لافي الباقي منها او ان يزرع [كامل الارض عند غيبة الشريك الآخر اذا علم ان الزراعة تنفعها ولا توجب نقصانها] والا اذا علم ان الزراعة تضرها او توجب نقصانها وزرعها فللشريك الآخر عند حضوره تضمينه الاكثر من اجر المثل او نقص الارض [وعند حضور الغائب] اذا كان شريكه حال غيابه زرع مقدار حصته يزرع هو المقدار الباقي واذا زرع كامل الارض [يزرع تلك الاراضي بقدر المدة التي زرعها الآخر واذا علم ان ترك زراعة الارض نافع لها ومؤد الى قوتها وزراعتها توجب نقصانها فحينئذ لا يوجد اذن الغائب دلالة في زراعتها بناءً عليه فالشريك الحاضر يزرع من تلك

الاراضي مقدار حصته مثلاً اذا كانت مشتركةً مناصفة يزرع نصفها وفي السنة الآتية اذا اراد الزراعة كذلك يزرع هذا النصف والا فلا يسوغ له ان يزرع في سنة هذا الطرف وفي السنة الثانية الطرف الآخر فلو زرع كامل الاراضي يكون للغائب عند حضوره ان يضمنه نقصان حصته من الارض وهذه التفصيلات السابقة في تقدير عدم مراجعة الحاضر الحاكم في ذلك اما عند مراجعة الحاضر الحاكم فعلى كل حال لاجل عدم ضياع العشر او الخراج يأذن له الحاكم بزراعة كامل الارض وعلى هذا التقدير لا يسوغ للغائب عند حضوره دعوى نقصان الارض] .

هذا اذا كان الشريك غائباً اما اذا كان حاضراً فانه يطلب القسمة فالقسم المزروع الذي يخرج لشريكه من الارض يكون له مزروعاً والزرع الذي يبقى في مقسمه يقلع ويضمن الشريك الزارع نقصان الارض لان الشريك غاصب لحصة شريكه « راجع شرح المادة ١٠٧٦ »

مادة ١٠٨٦ [اذا غاب احد الشريكين في البستان المشترك فيكون الآخر قائماً على ذلك البستان] بعزقه وكريه [وعند ادراك الثمرة يأخذ حصته منها] واذا لم يقم الشريك الحاضر على الكوم وتلفت اشجاره فلا يضمن منها شيئاً [وله ايضاً بيع حصة الغائب وحفظ ثمنها] له ولا يعذر بداعي اتلافه مال الغير (تعليقات بن عابدين على البحر) واذا صرف الشريك الحاضر على الكوم لعزقه وكريه لا يرجع على شريكه الا اذا كان مأذوناً منه . وكذا اذا دفع الاموال الاميرية عن حصة شريكه الغائب فليس له الرجوع عليه لانه قضى دينه بدون اذنه و بدون مراجعة الحاكم وطلب الاذن منه (ردالمحتار والخانيه).

[لكن يكون الغائب عند حضوره مخيراً ان شاء اجاز البيع واخذ الثمن

المحفوظ وان شاء لم يجز وضمنه حصته] ولو كان المبيع قائماً بيد المشتري ونظيرها تضمين اللقيط (حاشية البحر لابن عابدين) ٠ وله ايضاً تضمين القيمة للمشتري اذا تلف المال بيده لانه غاصب الغاصب واذا توفي الشريك فلورثته الخيار ولا حاجة لوجود شرائط الاجازة فيما يتعلق بحصة الشريك المجيز لان الشريك البائع مأذون ببيع حصة الغائب دلالةً ٠

مادة ١٠٨٧ [حصة احد الشريكين في حكم الوديعة في يد الآخر فاذا اودع احدهما المال المشترك بدون اذن فتلف يكون ضامناً حصة شريكه] لانه بتسليمه لغيره يكون قد تعدى اما لو كان المال المشترك غنماً او دابة وسلمها الشريك لاجيره الخاص ورعاها وتلفت لا يضمن لان رعي الدواب وخدمتها امر لا بد منه ويد الشريك ويد امينه واجيره مساوية بذلك ٠

مادة ١٠٨٨ [احد الشريكين ان شاء باع حصته من شريكه وان شاء باعها] او اوصى بها او جعلها بدل المهر و بدل المقايضة و بدل الايجار و بدل الصلح [من اجنبي بدون اذن شريكه] وليس له ان يطلب من شريكه شراءها او بيع حصته اذا كان الملك المشترك قابلا للقسمة وله قسمتها وهبتها مفرزة واذا كان المال غير قابل للقسمة فيجوز هبة الحصة الشائعة منه ٠ ولا فرق بين ان تكون الحصة المشتركة ملكاً عقارياً او منقولاً واذا كان عقاراً وبيع جازت الشفعة فيه للشريك ٠ وله ايجار حصته ايضاً لكن الاجارة تكون فاسدة « راجع المادة ٤٢٩ » [لكن في صور خلط الاموال واختلاطها التي بيناها في الفصل الاول لا يسوغ لاحد الشريكين في الاموال المخلوطة او المختلطة ان يبيع حصة لآخر بدون اذن شريكه] لان الاموال المشتركة بصورة الخلط والاختلاط وان كانت مشتركة الا ان مال البائع فيها اجزاء مستقلة عن امثالها من مال الشريك و باختلاطها مع تلك الامثال يتعذر تسليمها بعينها فوجب اخذ موافقة الشريك فيها ليتم التسليم وايضاح ذلك هو ان الفرق بين الشركة بالارث والشراء والشركة بالخلط والاختلاط

« م ٣ »

ظاهر لان الشركة الواقعة في الارث والشراء تكون فيها كل حبة من المال المشترك مشتركة بين الشريكين وفي حال الخلط والاختلاط تكون شركتهما في حبتين لا في حبة واحدة ٠ وتمييز حبة عن اخرى امر متعذر لذلك لا يجوز للشريك ان يبيع حبة بدعوى انها له ٠

وكذا لا يجوز لاحد الشريكين في البناء القائم في العرصة المملوكة بيع حصته من البناء دون الارض لاجنبي لانه اذا باع حصته من البناء بشرط قلعها يكون اضر بشريكه واذا باع حصة من البناء بشرط البقاء على الارض يكون شرط شرطاً مفيداً للمشتري وهذا يفسد البيع (رد المحتار) ٠ وليس له ايضاً بيع بنائه الى شريكه بدون العرصة لانه اذا كلفه برفع البناء وتخلية العرصة يكون قد اضر به والضرر لايجوز ٠

مادة ١٠٨٩ [بعض الورثة اذا بذر الحبوب المشتركة بأذن الباقين الكبار او وصي الصغار في الارض الموروثة] او في الاراضي الجارية في ملكه او في اجارته او في عاريته [فتصير جملة الحاصلات موروثة بينهم ولو بذر احدهم حبوب نفسه فالحاصلات له خاصة لكن يكون ضامناً لبقية الورثة نقصان الارض بزراعته راجع الماة ٩٠٧]

مادة ١٠٩٠ : اذا تصرف احد في مال آخر وربح يكون الربح له فالمسائل المتفرعة عن ذلك هي اولاً : [اذا اخذ احد الورثة مبلغاً من الدراهم من التركة قبل القسمة بدون اذن الآخرين] وبدون اذن اوصياء الصغار منهم او اخذ مال الشركة كله [وعمل فيه وخسر فتكون الخسارة عائدة اليه كما لو ربح فلا يسوغ لبقية الورثة طلب حصة منه] اما لو اشتغلوا كلهم فى مال الشركة وربحوا او خسروا فالربح والخسار لهم وعليهم وكذا لو عمل احدهم بأذن الباقين فيقسم الربح والخسار بينهم حسب اتفاقهم وشرطهم ٠

ثانياً : اذا آجر احد مال آخر فضولاً ولم يجز المالك الاجارة ومضت المدة تبقى الاجرة للمؤجر ٠

ثالثاً : اذا تصرف وصي القاصر بمال الشركة بدون اذن الباقين فلا يشاركه باقي الورثة بالربح والخسار ٠

رابعاً : اذا اخذ الشريك المال المشترك وسافر به رغم نهي شريكه عن السفر يكون غاصباً والربح له ٠ وكذا اذا سافر المضارب بمال الشركة خلافاً لنهي رب المال وربح فلا يشاركه رب المال في ربحه ويكون غاصباً لرأس المال ٠

خامساً : اذا تاجر الغاصب في النقود المغصوبة وربح فالربح له ٠ وكذا اذا تاجر الوديع بالنقود المودوعة بدون اذن المودع يكون غاصباً والربح له ٠

٭٭٭

﴿ الفصل الثالث ﴾

(في بيان الديون المشتركة ٠ والديون الغير مشتركة)

الديون المشتركة هي : (١) الديون الموروثة (٢) الديون المترتبة بذمة المديون بسبب اتلاف المال المشترك (٣) الديون المترتبة بسبب اقراض المال المشترك (٤) الديون الناشئة بسبب بيع المال المشترك صفقةً واحدة (٥) الديون الناشئة بسبب بيع الاموال الغير المشتركة صفقة واحدة (٦) الديون الثابتة للكفيلين بالامر بذمة المديون بسبب دفعهما دين المدين من مالهما المشترك (٧) الديون الثابتة بذمة المديون للمأمورين دفعا ما عليه بأمره من مالهما المشترك وجميع هذه الديون مبحوث عنها في المجلة و يوجد غيرها لم يبحث عنها في المتن وهي :

(٨) الديون الموصى بها لاشخاص متعددة (٩) الديون المترتبة بذمة المديون بسبب ضمان الغرور اذا كانت بقضاء واحد (١٠) الديون المترتبة بسبب ايجار المال المشترك صفقة واحدة (١١) الديون المترتبة بسبب ايجار المال غير المشترك صفقة واحدة ٠

الديون غير المشتركة هي : (١) اقراض اثنان مالهما الى مدين واحد بصورة مستقلة كل منهما عن الآخر ٠

(٢) بيع اثنين كل منهما ماله لآخر ببيان نوع المبيع والثمن ووصفه ·

(٣) بيع احد الشريكين حصته من المال لآخر ثم بيع الشريك الآخر ماله من نفس المشتري ·

(٤) بيع اثنان مالهما صفقة واحدة من آخر ببيان ثمن حصة كل منهما ونوعها ومقدارها ووصفها ·

(٥) بيع اثنان كل منهما ماله لواحد بصورة مستقلة ·

(٦) اذا امر المديون اثنين بدفع دينه فدفع كل منهما جانباً منه ·

(٧) الديون المترتبة بذمة المديون بسبب ضمان الغرور اذا كان القضاء فيها متفرقاً ·

(٨) الديون الذي حكم بها المغصوب منهما على الغاصب وغاصب الغاصب باحكام متفرقة ·

(٩) ديون المأمورين بالشراء الثابتة لهما بذمة مديونهما آمرهما بسبب شرائهما مالا له بصفقات متفرقة ·

مادة ١٠٩١ [اذا كان لاثنين او اكثر في ذمة واحدٍ دين ناشئ من سبب واحد فهو دين مشترك شركة ملك بينهم واذا لم يكن سببه متحداً فليس مشترك كما يظهر ويتضح في المواد الآتية :]

والقصد من السبب الموحد للدين المشترك هو العلة القانونية التي يستند اليها ثبوته في ذمة المديون ككونه قيمةً لمتلف مشترك او ثمناً لمبيع مشترك فلو اتحد السبب الحسي واختلفت علة الثبوت في الذمة لا يكون ديناً مشتركاً كمن قبض مالا مشتركاً لشريكين و باعه احدهما حصته منه بيعاً فاسداً واتلفه فالسبب الحسي هو الاتلاف والحكم هو الضمان للشريكين غير ان علة الضمان لحصة الشريك البائع هي الملك والعلة لضمان نصيب غير البائع هو الاتلاف والفرق ظاهر ·

مادة ١٠٩٢ [كما ان اعيان المتوفي المتروكة مشتركة بين الورثة على حسب حصصهم] فالاعيان الموصى بها مشتركة بين الموصى لهم على حسب حصصهم ·

[او كذلك يكون الدين الذي له في ذمة شخص آخر] او في ذمة احد الورثة [مشتركا بينهم] او بينهم و بين الوارث المديون [على حسب حصصهم] وهذا هو السبب الجبري التشريعي

للديون المشتركة في ذمة المديون فيثبت لافراد الشركاء في الدين من الحصص حسبما تقرر له في الارث ·

مادة ١٠٩٣ [من اتلف مالاً مشتركاً لاناس فمبلغ الضمان يكون مشتركاً بين اصحاب ذلك المال]

وكذا اذا باع احد ارضه من شخص وانشأ فيها ابنية ثم استحقت من مستحق واخذت منهما فراجعا الحاكم وادعيا ضمان الاستحقاق على البائع فيكون المبلغ المحكوم به عليه بقيمة الابنية وثمن الارض مشتركا بينهما ·

وكذا الحكم بحق المتلف اذا كان اكثر من واحد · وكذا الحكم باتلاف المثليات والقيميات والنقود ·

مادة ١٠٩٤ [اذا اقرض شخصان مبلغاً] او مثلياً او قيمياً او ذرعياً [مشتركاً بينهما لآخر صار الدين الذي في ذمة هذا المستقرض مشتركاً بينهما]

وكذا اذا تصرف اثنان بوديعة عندهما لآخر واستهلكاها فيضمنان قيمتها او مثلها مشتركاً

اما لو اقرض احدهما جميع المال بدون اذن شريكه يكون ضامناً لحصة شريكه ويكون الدين مختصاً به [اما اذا اقرض اثنان لآخر دراهم على طريق الانفراد كل على حدة فلا يكون الدين الذي في ذمة المستقرض مشتركاً بين الاثنين بل كل واحد دائن على حدة] (فيضيه)

لان كلاً من الاقراض والاتلاف سبب لوجوب الدين المشترك في ذمة المديون وفي صورة اقراض كلٍّ واحد من الدائنين ماله على حدة يكون اقراض كل واحد سبباً مستقلاً في ثبوت مثل الدين في ذمة المستقرض و وحدة محل الدين وهو الذمة لا توحد الدين لان الذمة الواحدة تحتمل ديوناً كثيرة باسباب مختلفة ·

مادة ١٠٩٥ [اذا بيع] او اوجر [مال مشترك بصفقة واحدة ولم يذكر حين البيع حصة كل واحد من الشركاء فالدين الذي في ذمة المشتري من ذلك دين

مشترك ولو ذكر حين البيع حصة كل واحد من الشركاء او تعيين نوعها كأن يقال مثلاً حصة فلان كذا وحصة الآخر كذا دراهم او حصة احدهما كذا خالصة وحصة الآخر كذا مغشوشة مع تفريق الحصص وتمييزها صار كل واحد دائناً على حدة] ولو اخذا بالدين سنداً واحداً [ولا يكون ثمن المبيع مشتركاً بين البائعين . كذلك لو باع احدهما حصة شائعة لرجل فباع الآخر حصة لهذا الرجل فكل واحد منهما دائن ولا اشتراك في ثمن المبيع]فلو باع احد الشريكين بالفرس المشترك حصته من زيد بعقد ثم باع الآخر حصته من زيد ايضاً بعقد آخر فلا يكونا مشتركين بالدين ولو اخذا به سنداً واحداً .

ملاحظة : ورد في المادة ١٧٩ من المجلة بأن الايجاب اذا لم يتكرر لا تتعدد الصفقة عند الامام الاعظم ولو كان البائع متعدداً والثمن مفصلاً فالمجلة اخذت بمذهب الامام المشار اليه بتلك المادة واخذت بمذهب الامامين بهذه المادة .

مادة ١٠٩٦ [اذا باع اثنان مالهما بصفقة واحدة لرجل مثلا لواحدٍ حصان ولآخر فرس فباعاهما معاً بكذا قرش فيكون المبلغ المذكور ديناً مشتركاً واحداً بين البائعين] ويقسم الثمن المسمى بينهما بنسبة ثمن مثل دابة كل منهما [وان سمى كل واحد منهما ثمناً معلوماً صار كل واحد منهما دائناً على حدة ولا يكون ثمن الحيوانين ديناً مشتركاً] لتعدد الصفقة [. كذلك لو باع اثنان مالهما لآخر كل على حدة فأثمان المبيع لا تكون ديناً مشتركاً بل كل منهما دائن مستقل] وكذلك الحكم في الايجار .

مادة ١٠٩٧ [اذا ادى اثنان دين رجل بسبب كفالتهما] له بأمره [فأن ادياها من مال مشترك بينهما فالمطلوب من المكفول دين مشترك] واذا ادى كل منهما حصته من الكفالة فلا اشتراك بينهما في الدين وكذا اذا اديا الدين بدون امر فليس لهما

مراجعة المديون بشيء انظر شرح المادة « ٦٥٧ » لان مجرد الاشتراك بكفالة الدين لا يكون سبباً لوجوبه على شريكي الكفالة مشتركاً لان سبب وجوب الدين هوالاداء لا الكفالة فأداء الكفيلين الدين من مال كل منهما الخاص لا ينتج ديناً مشتركاً .

مادة ١٠٩٨ [رجل امر اثنين بتأدية دينه كذا قرش فأدياه من مال مشترك بينهما فما يطلبانه من الآمر يكون ديناً مشتركاً وان كان ما ادياه من الدراهم ليس بمشترك ولكن دفعا ذلك معاً فمجرد هذا الدفع لا يكون مطلوبهما منه ديناً مشتركاً]

مادة ١٠٩٩ اذا كان الدين غير مشترك فكل واحد من الدائنين يستوفي دينه من المديون على حدة وما يقبضه كل واحد يحسب من دين نفسه ليس للدائن الآخر ان يأخذ منه حصته] ولو كان المديون لا يملك الا ما دفعه لان الدين يتعلق بالذمة لا بالمال . وكذا الدين المشترك فاذا كان سبب الاشتراك فيه غير الارث فكل واحد من الدائنين يطلب حصته وليس لاحدهم طلب حصة الآخر بدون وكالة منه عندالامام الاعظم .
وكذا اذا راجع الدائنون المحكمة واستحصلوا على اعلامات بحق مديونهم ووضعوها في التنفيذ فللمديون دفع ما عليه الى احدهم وترك الباقين مالم يكن محجوراً (فيضيه) .

مادة ١١٠٠ [وان كان الدين مشتركاً فكل واحد من الدائنين له طلب حصته من المديون]

وليس له طلب حصة غيره في غير الدين المشترك بسبب الارث عند الامام الاعظم وله طلب حصة شريكه بأي سبب كان عند الامامين كما سيوضح ذلك في شرح المادة ١٨٣٠ من المجلة [وفي غيبة احد الدائنين عند مراجعة الدائن الآخر الحاكم وطلب حصته من المديون يأمر الحاكم ذلك المديون بأداء حصته] واذا حضر شريكه بالدين شاركه فيما قبضه بنسبة حصته ولا يكون الحاضر ذا حق بطلب حصة الغائب من المديون

وقبضها لان الشركة بالدين لا تمنع الشريك من طلب حصته ولا تؤثر على ثبوت حق مطالبة كل شريك بحصته من المديون . وكذلك اذا غاب احدهما فللحاضر ان يطلب حصته لان غياب احد الدائنين لا يسقط حق الدائن الحاضر من المطالبة واذا تمنع المديون من الدفع يراجع الحاضر الحاكم ويجبره على دفع حصته لولاية الحاكم واذا حضر الشريك الغائب بعد القبض فله مشاركة الحاضر فيما قبض لان قبض القابض لا يوجب القسمة على الغائب بدون رضاه كما سيفصل ذلك في المادة التالية .

مادة ١١٠١ [ما يقبضته كل واحد من الدائنين من الدين المشترك يكون مشتركاً بينهما وللشريك الآخر اخذ حصته منه ولا يسوغ للقابض ان يختص به وحده]

سواء كان المقبوض من جنس الدين او من غير جنسه وسواء قبض رضاء اوقضاء فالشريك مخير اما ان يأخذ ما يعادل حصته من شريكه واما ان يجيز له قبضه ويطالب المديون بحصته لان الدين يثبت بالذمة ليس بمال — حتى ان الدائن اذا كان له غير الدين وحلف ان لا مال له لا يكون حانثاً بيمينه -- وهو عند قبضه يكون كالزيادة الحاصلة في المال المشترك وبما ان الزياده مشتركة بين اصحاب المال فالدين المقبوض مشترك بينهم ايضاً (هدايه) . واذا اختص القابض بما قبضه من الدين يكون الدين قسم قبل القبض وهذا لا يجوز « راجع المادة ١١٢٣ » .

وكذا اذا قبض احد الشركاء جانباً من الدين او كله وتلف بيده او اتلفه فللشريك الآخر تضمين شريكه حصته او مراجعة المديون .

وكذا اذا اشترى احد الشركاء متاعاً بمقابل الدين المشترك فلشريكه الخيار ان شاء ضمن المشتري قيمة ما يصيب حصته من المتاع وان شاء رجع على المديون . وكذا اذا تصالح احد الشركاء بالدين المشترك مع المديون على دين من خلاف الجنس فالشريك الآخر مخير ان شاء ترك بدل الصلح للشريك المصالح وطلب حصته من المديون وان شاء اتبع شريكه المصالح . واذا اتبع المصالح فللمصالح الخيار ان شاء اعطاه ما يصيب حصته من بدل الصلح وان شاء اعطاه ما يعادل حصته من الدين . واذا كان بدل الصلح من عين جنس الدين فالشريك بالخيار ان شاء قبض حصته من شريكه وان شاء رجع على المديون .

وكذا اذا اخذ الشريك كفيلاً اواخذ حوالة على حصته من الدين وقبضها او استأجر مالاً من المديون تعادل اجرته حصته من الدين او اخذ من المديون رهناً تعادل قيمته حصته من الدين وتلف في يده او اتلف مالاً للمديون يعادل حصته من الدين وتقاصا بذلك فالشريك مخير ان شاء ضمن شريكه حصته وان شاء طلبها من المديون ٠

اما لو قبض الشريك حصته من الدين وتلفت في يده قضاءً او وهب حصته من الدين للمديون او ابرأ ذمته منها او اجرى التقاص على دين عليه للمديون يعادل حصته من الدين قبل الاثبات فللشريك الآخر مطالبة المديون فقط ٠

مادة ١١٠٢ [اذا قبض احد الدائنين من الدين المشترك حصته واستهلكها فلشريكه ان يضمنه حصته منها مثلاً مبلغ الف قرش دين مشترك بين اثنين مناصفة فقبض احدهما من المديون خمسمائة واستهلكها فللدائن الآخر ان يضمنه مائتين وخمسين وخمسماية تبقى بين الاثنين مشتركة]٠

وكذا اذ قبض حصته ووهبها وسلمها فليس لشريكه اخذها من الموهوب له وله تضمين الشريك الا اذا تلفت الحصة المقبوضة في يد الشريك قضاءً فلا يضمن ٠

مادة ١١٠٣ [احد الشريكين في الدين المشترك اذا اشترى بحصته متاعاً من المديون ولم يقبض منه شيئاً فلا يكون الدائن الآخر شريكاً في ذلك المتاع] لان الشريك تملك المتاع بعقد البيع لا بالدين حتى لو ظهر اخيراً عدم صحة الدين لا يبطل البيع اما لو تصالح الشريك مع المديون على متاع بمقدار حصته وظهر بعد ذلك عدم صحة الدين يبطل الصلح ايضاً (كفاية) [لكن له ان يضمنه حصته من ثمن ذلك المتاع وان اتفقا على كون المتاع مشتركاً بينهما كان كذلك] لكنه يجب ان يكون المتاع موجوداً في يد المشتري عند هذا الاتفاق لان هذا الاتفاق بيع وليس للمشتري ان يبيع المنقول الذي لم يقبضه خلافاً للعقار ٠ ثم ان كلمة الثمن الواردة في هذه المادة هي الثمن المسمى لا ثمن المثل لان البيع مبني على المقايضة والمخاصمة فلا يمكن للمشتري ان يأخذ المال الا بسعره خلافاً للصلح فأن المصالح لا بد

وان يتساهل في عمله وعليه فالشريك ليس له ان يأخذ من شريكه الا ثمن حصة المبيع اما في الصلح فله ان يطالبه ببدل الصلح او ما يصيبه من قيمة المصالح عليه كما سيأتي ذلك في المادة الآتية وضرر هذا في حق الشريك القابض ظاهر (ابو السعود)

اما لو تزوج احد الدائنين المديونة بمقابل حصته من الدين فيكون ابرأها منها وليس لشريكه الرجوع عليه اما لو تزوجها على مبلغ معلوم ثم اجريا التقاص على المبلغ المذكور بنكاحها فلشريكه بالدين الرجوع عليه ٠

مادة ١١٠٤ [اذا صالح احد الشريكين في الدين المشترك المديون على حقه منه على اثواب بز وقبضها فهو مخير] اي ان الشريك في بداية الامر مخير ان شاء اجاز الصلح ورجع على شريكه وان شاء لم يجزه ورجع على مديونه واذا رجع على شريكه فشريكه مخير [ان شاء اعطى شريكه مقدار ما اصاب حصته من الاثواب وان شاء اعطاه مقدار حصته من الحق الذي تركه] وحكم هذه المادة منحصر بالديون لا بالاعيان لان الاعيان المشتركة اذا صالح احد الشركاء على حصته منها سواء كان المديون منكراً او مقراً فليس للشريك الآخر اخذ شيء من شريكه وان حكمها منحصر فيما اذا قبض الشريك حصته فقط اما لو قبض جميع الدين فيكون فضولياً بحق حصة شريكه ٠ وكذا المتاع المصالح عليه يجب ان يكون من غير جنس الدين والا اذا كان من جنس الدين فالشريك الغير القابض مخير ولا خيار للقابض اما الصلح عن مال فلا يكون معاوضة بكل الوجوه الا ترى ان من صالح على مال ثم ظهر ان لا حق له بدينه سقط الصلح خلافاً للمعاوضات ٠

مادة ١١٠٥ [احد الدائنين اذا قبض كامل الدين المشترك او بعضه او اشترى بحصته منه مالاً او صالح المديون على مال بقدر حصته فالدائن الآخر مخير في جميع الصور ان شاء اجاز معاملة شريكه ويأخذ حصته منه كما سبق آنفاً وان شاء لم يجز ويطلب حصته من المديون وان هلك الدين عند المديون يرجع الدائن على القابض وعدم اجازته قبل لا يكون مانعاً من الرجوع ٠

مادة ١١٠٦ [احد الدائنين اذا قبض حصة من الدين المشترك من المديون وتلفت في يده بدون تعد منه فلا يضمن حصة شريكه من هذا المقبوض لكن يكون قد استوفى حصة نفسه والدين الباقي عند المديون يكون عائداً الى شريكه]

لان تلف المقبوض في يد القابض بدون تعد هو اقتسام حسي مع الشريك وهذا فيما اذا كان القابض ليس بمأذون من شريكه بالقبض لانه اذا كان مأذوناً وقبض وتلف ما قبضه في يده بدون تعد يتلف المقبوض من مال الشركاء لا من مال القابض.

واذا قبض القابض حصته وحصة شريكه من الدين فللشريك طلب حصته من المديون ومراجعة القابض وتضمينه ما قبضه زائداً على حصته.

مادة ١١٠٧ [اذا استأجر احد الشركاء المديون] او اجيره او ابنه او دابته او عقاره [بمقابلة حصته من الدين المشترك] او استأجر ذلك مستقلا ثم تقاصا من الدين على ما يعادل بدل الأيجار [فللآخر ان يضمن شريكه مقدار ما اصاب حصته من الأجرة].

لان الشريك قد وصل اليه جانب من حق شريكه ضمن عقد المعاوضة فيضمن له ما يقابل هذا الحق «راجع المادة ١١٠١».

مادة ١١٠٨ [احد الشريكين الدائنين اذا اخذ من المديون رهناً في مقابلة حصته وتلف الرهن في يده فلشريكه ان يضمنه مقدار ما اصاب حصته. مثلاً مقدار الدين المشترك مناصفة الف فأخذ احد الدائنين رهناً لاجل حصته التي هي خمسمائة وهلك في يده فقد سقط نصف الدين فللدائن الآخر ان يضمنه المائتين وخمسين العائدة لحصته]

وكما يجوز ان تكون قيمة الرهن معادلة لحصة الشريك من الدين يجوز ان تكون اكثر او اقل منها واذا كانت قيمة الرهن تعادل مجموع الدين واخذه احد المديونين وتلف فلا تسقط الا حصته من الدين وشريكه بباقي الدين الخيار بالمطالبة من المديون او المديون

والشريك . لان الرهن في يد المرتهن وثيقة بالدين غير انه بالتلف في يد الدائن يكون الدائن قد استوفى من الدين مقدار ما تلف من الرهن وللشريك الآخر مشاركة الشريك القابض في قبضه رضاءً او قضاءً .

مادة ١١٠٩ [احد الدائنين اذا اخذ كفيلاً من المديون بحصته من الدين المشترك اواحاله بها على آخر فللدائن الآخر ان يشاركه في المبلغ الذي يأخذه من الكفيل او المحال عليه] واذا صرف الشريك القابض هذا المبلغ واتلفه يضمن للشريك حصته اما لو تلف بيده قضاءً لا يضمن لشريكه شيئاً .

مادة ١١١٠ [اذا وهب احد الدائنين المديون حصته من الدين المشترك او ابرأ ذمته منها فهبته او ابرآؤه صحيح ولا يكون ضامناً حصة شريكه من هذا الخصوص] .

واذا وهب احد الدائنين المديون جميع الدين المشترك ينظر فاذا كان هو العاقد في الاصل تعتبر هبته لانها تقوم مقام الحط والتنزيل لانه هو الشريك العاقد بالنظر الى حصته بالملك والى حصة شريكه بالعقد واذا كان ليس بعاقد فليس له ان يهب اكثرمن حصته عند الطرفين خلافاً لابي يوسف فأنه يرى ان الشريك ليس له هبة جميع المال المشترك ولو كان عاقداً اما المجلة فقد اخذت بقول الطرفين في المادة ١١١٢ كما سيأتي تفصيلها . ولذا يقال بوجوب العمل لقولها في هذه المادة لانها من فرع واحد . وكذا اذا امر احد الشريكين شريكه ببيع مال مشترك بينهما فباعه فأقر الآمر بقبض جميع الثمن فلا يسري هذا الاقرار الا على حصته واذا اراد الشريك ان يختص فيما يقبضه من الدين المشترك فعليه ان يستوهب من المديون مبلغاً يعادل دينه ثم يهبه الدين .

مادة ١١١١ [اذا اتلف احد الدائنين في الدين المشترك مال المديون وتقاصا بحصته ضماناً فلشريكه اخذ حصته منه لكن اذا كان لاحد الدائنين عند

المديون دين خاص سابق على الدين المشترك ثم حصلت المقاصة بحقه من الدين المشترك فليس لشريكه ان يضمنه حصته]

وهذا قول ابي حنيفة رضي الله عنه وحجته ان المتلف على الغير يمكنه بالضمان المستند للقبض وقال ابو يوسف بعدم مطالبة الشريك المتلف وحجته انه لم يصل ليده في الحقيقة من مال المديون شيء وانما سقطت في قيمة ما اتلفه قصاصاً بحصته من الدين وقد اتفقت كلمتهم على انه لو غصبه ثم اتلفه يضمن لشريكه ما يصيب حصته منه لوجود القبض الحسي كما قلنا .

اما اذا كان احد الدائنين مديوناً لمدينه قبل تعلق قيمة المال المشترك بذمته واجريا التقاص فلا يضمن حصة شريكه .

مادة ١١١٢ [ليس لأحد الدائنين ان يؤجل الدين المشترك بلا أذن الآخر] واذا اجل لا يصح واذا اجل وقبض شريكه شيئاً من الدين يشاركه به والسبب في ذلك هو ان الشريك اجنبي في حصة شريكه فليس له تأجيل حصة شريكه وحصة نفسه لان تأجيل حصته هو بمثابة تقسيم الدين قبل قبضه وهذا لا يجوز لان تقسيم الدين قبل القبض تمليك وتمليك الدين هو نقل الوصف من محل لآخر والوصف لا ينقل عند الطرفين رحمهما الله فقد قالا بتجويز الابراء المطلق وعدم تجويز الابراء المقيد لان الابراء المطلق يسقط حصة الشريك ولا يبقى لها اثراً ولا يوجب تقسيم الدين قبل القبض خلافاً للابراء المقيد وقد خالفهما ابو يوسف بذلك لكن هذا الرأي منحصر في انشاء التأجيل لا في اقراره فاذا اقر احد الشريكين بأن الدين المشترك مؤجل يسري اقراره عليه دون شريكه بالاجماع (نهاية) .

***

« لاحقة »

مادة ١١١٣ [اذا باع واحد مالاً لاثنين فيطالب كل واحد بحصته على حدة مالم يكن احد المشتريين كفيلاً للآخر فلا يطالب بدينه]

وكذا اذا آجر المأجور لاثنين بعقد واحد فله مطالبة كل منهما بحصته ولا يطالب احدهما بحصة الآخر مالم يكن كفيلاً له . وكذا اذا اقرض اثنين مبلغاً فله ان يطلب حصة كل منهما على حدة . وكذا اذا اتلف اثنان مال آخر يطالب كل منهما بنصف قيمة المال المتلف ما لم يكونا متكافلين .

وكذا اذا قتل اثنان آخر فيطالبا بديته كل منهما على حدة .

والسبب في ذلك هو ان تعدد الذمم يوجب تعدد ما يدخل فيها من الدين ولو كان مستحق الدين شخصاً واحداً فلا يثبت في هذه الحالة حكم الدين المشترك ولو اتحد العقد اما متى وجدت الكفالة استحق الدائن مطالبة المديون اصالة و كفالة .

« الخاتمة »

القرض عقد يرد على دفع واعطاء المال المثلي لآخر بناء يرد مثله وهو غير الوديعة والصدقة والهبة والعارية لان العارية والوديعة يجب فيهما رد المال عيناً والهبة والصدقة تفيدان تمليك العين .

القرض ينعقد بالايجاب والقبول ويتم بالقبض ويشمل النقد والمال المثلي كالحنطة وما اشبهها و ينعقد بلفظ القرض وما اشبهه كالعارية فلو قال الدائن للمديون اعرتك خمسين ليرة يكون اقرضه اياها (هندية)

وفي الهندية للمقرض ان يقرض مشرطاً اعطاء الكفيل فاذا تعذر على المديون اعطاء الكفيل يحق للدائن فسخ القرض .

شروط القرض : يجب ان يكون المستقرض عاقلاً مميزاً غير محجور ولا معتوه لذلك اذا اقرض احد الصبي المحجور مالاً واتلفه فليس له تضمينه واذا وجده في يده فله استرداده (رد المحتار) ولا يشترط تعيين مكان الاداء في القرض واذا لم يعين مكان الاداء يعتبر مكان القرض محلاً للاداء والتسليم . واذا تعين مكان الاداء يكون القرض صحيحاً وشرط تعيين المكان لغو (رد المحتار)

وكذا اذا اقرضه سكة مغشوشة واشترط عليه الدفع سكة خالصة فالقرض صحيح والشرط لغو .
حكم القرض : هو بالقبض بالذات او بواسطة الوكيل او الرسول عند الطرفين لان المستقرض يملك المال المقرض له و يثبت مثله في ذمته لذلك اذا استقرض احد خمسين مداً من الحنطة فله اخذها واعطاء المقرض مثلها وان لم يستهلكها بيده لان الثابت بالذمة هو مثل المال المقرض لا عينه خلافاً لابي يوسف فأنه قال بلزوم تسليم عين المال المقروض اذا كان غير مستهلك ولهذا يجوز للمستقرض ان يبيع الحنطة المقرضة له الى المقرض ولا يجوز للمستقرض شرائها من المقرض لان المبيع يتعين بالتعيين وفي الهندية ان المستقرض يجوز له ان يتصرف بالقرض قبل قبضه فلو امر المقرض بزرع الحنطة التي استقرضها منه في ارضه وزرعها تم القرض اما لو امره بالقائها في النهر فالقاها تقع من مال المقرض .
ما يصح قرضه وما لا يصح : ثم اعلم ان كل ما يضمن بالمثل عند الاستهلاك كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة يصح قرضه وكل ما يضمن عيناً عند الاستهلاك لا يصح قرضه واذا اقرض ووجد في يد المستقرض يحق للمقرض استرداده عيناً لا مثلاً والحكم في القرض الفاسد هو كالحكم في البيع الفاسد فيفيد الملك بالقبض واذا تلفت الدار المقروضة في يد المستقرض يضمن قيمتها .
و يصح قرض المتاع لان القرض لا يتوقف على القبض اذ التصرف فيه قبل القبض جائز .

في كيفية اداء الدين و برائة المديون واسباب سقوط الدين

الدين وصف ثابت في الذمة فلا يمكن قضائه عيناً فينقض بمثله ولذا قيل بأن الديون تقضى بأمثالها (انقروي) ثم ان المديون يكون بريئاً من دينه (١) بأدائه للدائن او لوارثه بعد وفاته وهذا اما ان يكون بأداء مثل الدين او بطريق التقاص والمثل يتعين بنسبة يوم القرض لا بنسبة يوم الاداء فلو استقرض نقوداً ذهبية سعر الليرة مائة قرش فلا يلتفت عند الاداء الى ترفع قيمة الليرات او الى نزولها فيدفعها المديون ليرات ذهبية كما اخذها وكذا اداء الحنطة وخلافها . وكذا المبايعة فلو استقرض نقوداً وباع الدائن حنطة بدلاً منها وجرى التقابض قبل التفرق عن المجلس يكون الاداء قد تم لكنه لو باعه فرساً بدلاً من الدين صح الوفاء ولو لم يجر التقابض في المجلس لان الاداء في بيع القيميات لا يوجد فيها افتراق دين عن دين .

(٢) احالة المديون الدائن على غيره بالدين وقبول المحال والمحال عليه هذه الحوالة .

(٣) اداء الدين من الكفيل .

(٤) اداء الدين من شخص اجنبي اما اذا ثبت بعد اداء الدين من اجنبي ان المديون بريء الذمة يعود الاجنبي بما دفعه واذا دفع الدين بأمر المديون وثبتت برائة ذمته يعود حق استرداد المال الى المديون لا الى الدافع و يرجع الدافع على المديون بقيمة ما دفعه عنه .

(٥) اذا توفي الدائن وورثه المديون حصراً .

(٦) بالتقاص اذا كان ما يطلبه كل منهما من الآخر ديناً معجلاً متحداً جنساً ومساوياً كل منهما للآخر قوة فيقع التقاص ولو بدون رضاء المقرض اما لو كان احدهما ديناً والآخر عيناً كالوديعة او كان الدينان مؤجلين او احدهما معجلا والآخر مؤجلا او كانا مختلفي الجنس مثلاً بأن كان احدهما ذهباً والثاني فضة او كان احدهما اقوي من الآخر كما اذا كان مطلوب الزوج من الزوجة ديناً ومطلوب الزوجة نفقة فلا يجري التقاص بدون رضاء الطرفين .

(٧) بالابراء ولا فرق بين ان يكون المبريء عالماً بدينه او غير عالم عند ابي يوسف وهو القول المفتى به لان الابراء اسقاط واذا وقع الابراء مقيداً بالشرط فالابراء صحيح والشرط لغو (خانيه).

(٨) تلف الرهن او المبيع بالوفاء بمقابلة الدين في يد الدائن .

(٩) اداء الدين من وارث المديون بعد وفاته .

اما حق استيفاء الدين : يحق للدائن ونائبه اي وكيله ووارثه ووصيه وولي ورثته الصغار والموصى له بنفس الدين استيفاء الدين واذا توفي الدائن عن غير وارث فللمديون التصدق بمثل الدين فيكون ذلك وديعة عند الله يوصلها الى خصمه يوم القيامة (خانيه)

ولا يجبر الدائن على قبض ما هو اجود من دينه ولا اردأ منه واذا قبض زيوفاً بدلاً من دينه وظنها جيدة ينظر فاذا كانت في يده ردها واذا تلفت او اتلفها فليس له رد مثلها .

ومتى وجد الدائن عند مديونه مالا من جنس دينه يأخذه ولو بدون رضاء المديون ما لم يكن الدين مؤجلاً وللاجنبي مساعدة الدائن ولو بغصب مال المديون الذي هو من جنس دينه وتسليمه للدائن وليس للدائن ان يطالب خادم المديون ولا وارثه ان لم يترك المديون

شيئاً ولا مديونه لان مديون المديون لا يكون خصماً للدائن اما لو اخذه الدائن من مديون المديون رضاء صح قبضه ·

وللمدين ان يرجح بعض الدائنين على بعضهم بالدفع الا اذا كان مريضاً مرض الموت او محجوراً او مستغرقاً بالدين وله ان يرجح ما استقرضه في مرض موته او اشتراه ولا يسقط الدين الا باحد وجوهه المار ذكرها اما ضياع سند الدين من يد الدائن فلا يسقط حقه من الدين ·

واذا استقرض المديون النقود المغشوشة او المزيفة حال رواجها وكسدت بعد ان استهلكها فله اداء مثلها كاسدة عند الامام الاعظم واداء قيمتها يوم قبضها عند ابي يوسف واداء قيمتها آخر يوم رواجها عند محمد وهو المفتى به الا ان بعض المشايخ افتوا في زماننا بقول ابي يوسف وهو الاقرب للصواب ·

واذا استقرض حبوباً وانقطع مثلها فللدائن انتظار موسمها الآتي ·

اما التوكيل بالقرض فجائز وبالاستقراض غير جائز كما سيأتي بيانه مفصلاً ·

وتأجيل القرض باطل سواء وقع التأجيل عند القرض او بعده ·

ثم اعلم ان كل قرض اشترطت فيه المنفعة فهو حرام بناء عليه يكره سكنى الدار المرهونة والاولى ان يبيع المقرض للمستقرض مالاً بثمن مؤجل مائة وتسع ليرات مثلاً ثم يبيعه المشتري من آخر معجلاً بمائة ليرة ثم يبيع هذا المشتري المبيع للبائع الاول بمائة ليرة ويأخذها منه ويدفعها للمقرض او ان البائع يبيع شيئاً بقدر الربح الذي يريد اخذه الى المشتري ثم يهبه المشتري من آخر وهذا يقبضه ويهبه من البائع الاول ·

قسمة الغرماء : يترتب في تركة الميت حقوق اربعة اولاً تجهيز الميت بلا اسراف ولا تقتير ثانياً ، اداء جميع ديونه من باقي جميع المال ، ثالثاً تنفيذ وصيته من ثلث الباقي ، رابعاً تقسيم الباقي بين الورثة فاذا كانت تركة المديون مستغرقة في الدين وكان الدائن واحداً يدفع له جميع المتروك واذا كان الدائنون متعددين تقسم التركة بينهم غرامة بضرب دين كل غريم بمجموع التركة ويقسم الحاصل على جميع الدين واذا ظهر بعد التقسيم غريم لم يكن موجوداً عند التقسيم يرجع هذا الغريم على الدائنين ويستوفي منهم حصته · بالنسبة

﴿ الباب الثاني ﴾

(في بيان القسمة ويشتمل على تسعة فصول)

مشروعية القسمة ثابتة بقوله تعالى (ونبئهم ان الماء قسمة بينهم) وقوله تعالى (واذا حضر القسمة اولو القربى واليتامى فارزقوهم منه) و بالسنة قوله صلى الله عليه وسلم (اعط كل ذي حق حقه) وقوله عليه الصلاة والسلام (ايما دار قسمت في الجاهلية فهي على قسم الجاهلية ايما دار ادركها الاسلام ولم تقسم فهي على قسم الاسلام) ومنه يعلم ان القانون لا يشمل وما قبله . وكذا فعله عليه الصلاة والسلام بتقسيم الغنائم يوم فتح خيبر .

﴿ الفصل الاول ﴾

(في تعريف القسمة وتقسيمها)

مادة ١١١٤ [القسمة هي تعيين الحصة الشائعة يعني افراز الحصص بعضها من بعض بمقياس ما كالذراع والوزن والكيل]

مادة ١١١٥ [القسمة تكون على وجهين اما جمع الحصص الشائعة في كل فرد من افراد الاعيان المشتركة في اقسامها مثل قسمة ثلاثين شاة مشتركة بين ثلاثة عشر ويقال لها قسمة الجمع واما تعيين الحصص الشائعة في العين الواحدة المشتركة في اقسامها مثل قسمة عرصة بين اثنين فيقال لها قسمة تفريق وقسمة فرد] .

مادة ١١١٦ [والقسمة من جهة افراز] اي تمييز [ومن جهة مبادلة] اي اخذ العوض وهذا جار في جميع اقسام القسمة سواء كان المقسوم مثلياً او قيمياً مثلاً اذا قسم المال المشترك

بين اثنين مناصفةً يكون كل منهما افرز حصته عن حصة الآخر وميزها و يكون ترك حصته بحصة الآخر واستعاض بحصته منها في مقسمه • وقد ذكر في متن هذه المادة ان القسمة من جهة افراز ومن جهة مبادلة ولم يقل بدلاً من المبادلة بيع لان القسمة تجري بحق المنافع ايضاً •

[مثلا اذا كان كيل حنطة مشتركا بين اثنين مناصفة فكل حبة منه لكل واحد نصفها فقسمتها قسمين من قبيل قسمة الجمع و بأعطاء القسم الواحد لواحد والثاني للآخر يكون كل واحد منهما افرز نصف حصته و بادل بالنصف الآخر شريكه بنصف حصته كذلك عرصة مشتركة مناصفة بين اثنين حالة كون كل جزء منها لكل واحد نصفه فقسمتها قسمين بين اثنين قسمة تفريق و بأعطاء كل واحد منهما قسماً يكون كل واحد افرز نصف حصته وبادل شريكه بالنصف الآخر بنصف حصته]•

وحقيقة الافراز تظهر في المثليات المتحدة الجنس وهي اقرب تصوراً عند العقل من وجود الافراز في القيميات لأن صور الاجزاء المقسومة منها كثيرة التشابه فكأن كل جزء منها عين الجزء الآخر كما سيأتي تفصيله في المواد الآتية •

مادة ١١١٧ [جهة الافراز في المثليات] اي المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة [راجحة] اي غالبة لان المثلي هو مثل بعضه فبالقسمة يأخذ الشريك نصف حصته عيناً ويأخذ بدلا من نصف حصته الاخرى مثلها وان اخذ الشريك هذا المثل فهو على طريق المبادلة انما الأفراز في المثليات غالب لان ما اخذه الشريك هو مثل حصته •

[بناءً عليه كل واحد من الشريكين في المثليات له اخذ حصته في غيبة الآخر بدون اذنه لكن لا تتم القسمة مالم تسلم حصة الغائب اليه ولو تلفت حصة الغائب قبل التسليم تكون الحصة التي قبضها شريكه مشتركة بينهما] اما لو تلفت حصة الحاضر قبل ان يستلم الغائب حصته فلا تنقض القسمة •

وكذا اذا كان المثلي مشتركاً بين بالغ وصغير فللبالغ قسمته وتسليم الصغير حصته بعد البلوغ او تسلم حصته الى وصيه قبل البلوغ ·

وفي العناية اشتريا مائة مد من الحنطة بمائة قرش شركةً سويةً بينهما فتقاسماها فلكل منهما بيع حصته بربح نصف الثمن للآخر ·

مادة ١١١٨ [جهة المبادلة في القيميات راجحة] لان القسمة في القيميات هي اعطاء كل ذي حق حقه من القيمي وبهذه القسمة يكون صاحب الحق اخذ نصف حصته عيناً ونصف حصة الثاني بدلاً ولذا فلا رجحان للمبادلة على الافراز في قسمة القيمي خلافاً لقسمة المثليات فأن كل شريك يأخذ نصف حصته عيناً ويأخذ النصف الآخر مثلاً لذلك كان الاولى بالمجلة ان تقول (المبادلة والافراز في القيميات سيان) بدلا من عبارة هذه المادة واذا قيل لنا بان المبادلة لو كانت في القيميات راجحة لما جاز اجبار الشريك شريكه على القسمة فيها لان المبادلة عقد معاوضة فلا تدخل تحت اجبار ولو كانت المبادلة في القيميات راجحة لجاز لأحد الشريكين المتقاسمين الرجوع على شريكه بضمان الغرور فجواباً على القول الاول نقول ان الحق الذي لا يمكن اخذه الا بالأجبار يؤخذ جبراً كما هو الحال في الشفعة وفي بيع عقار المديون من اجل وفاء دينه وجواباً على السؤال الثاني نقول بأن كل واحد من المتقاسمين يريد التخلص من الشركة والاستفادة من حصة مفرزة وهذا لا يكون الا في المبايعة ومتى كانت المبايعة اجبارية فلا ضمان غرور فيها كما هو الحال في الشفعة التي تؤخذ بحكم القاضي فلا يجري فيها ضمان الغرور ·

[وتجوز المبادلة بالتراضي او بحكم القاضي فالاعيان المشتركة من غير المثليات لا يجوز لأحد الشريكين اخذ حصته منها في غيبة الآخر بدون اذنه]

ولا يجوز للبائع ان يقسم عقاره مع الصغير ويأخذ حصته منه بدون حضور وصيه ورضائه خلافاً للمثليات ·

وفي الهداية لا يجوز بيع المقاسم من الشركاء لبعضهم بعضاً بعد القسمة مرابحة بنصف الثمن خلافاً للمثليات ·

مادة ١١١٩ [المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة كالجوز والبيض كلها مثليات لكن الاواني المختلفة باختلاف الصفة والموزونات المتفاوتة قيمية وكذلك الحنطة المختلطة بالشعير وكل جنس مثلي خلط بخلاف جنسه بصورة لا يقبل التفريق والتمييز هو قيمي والذرعيات ايضاً قيمية لكن الجنس الواحد من الجوخ والبطائن من اعمال الفابريقات التي تباع على ان ذراعها بكذا قرشاً ولا يوجد التفاوت في افرادها هو مثلي والحيوانات والعدديات المتفاوتة التي يوجد بين افرادها تفاوت في القيمة مثل البطيخ الاخضر والاصفر هي قيمية وكتب الخط قيمية وكتب الطبع مثلية]

واعلم بأن ليست جميع المكيلات والموزونات والمذروعات مثلية فمنها ما هو قيمي كالزيت المختلف الاصناف والثمن والمجوهرات والمذروعات المتحدة الجنس والمختلفة الصفة فلا بد لمعرفة المثلي من القيمي من وجود قاعدة ثابتة وهي ان كل ما يعتمد حين البيع على معرفة مقداره بالكيل والوزن والذرع والعدد فهو مثلي وما لا يعتمد على معرفة مقداره حين البيع بهذه المذكورات فهو قيمي .

مادة ١١٢٠ [ينقسم كل من قسمة الجمع وقسمة التفريق الى نوعين قسمة الرضاء وقسمة القضاء] واذا كان احد المتقاسمين صغيراً فيكفي رضاء وصيه او وليه .

مادة ١١٢١ [قسمة الرضاء هي القسمة التي تجري بين المتقاسمين في الملك المشترك بالتراضي او برضى الكل عند القاضي] اذا كانوا كباراً واذا وجد بينهم صغير او مجنون تجري المقاسمة بمعرفة وليه او وصيه .

مادة ١١٢٢ [قسمة القضاء هي تقسيم القاضي الملك المشترك جبراً وحكماً بطلب بعض المقسوم لهم]

وللقاضي اجراء القسمة بذاته او بمعرفة قسام واذا اجراها بذاته فالاولى ان لا يتناول اجرة عمله لو كانت وظيفته اجبار المتمنع على القسمة لا القسمة اما القسام فله اخذ الاجرة واجرته تؤخذ من المتقاسمين على عدد رؤسهم عند الامام الاعظم و بنظير حصصهم عند الامامين وهذا هو الموافق للحكم القانوني في زماننا اما اجرة الكيال والوزان والراعي والحمال والحافظ والبناء والطيان و كراء الانهر والقنايات فتقسم بمقدار النصيب لا بعدد الرؤس ٠

***

﴿ الفصل الثاني ﴾

(في بيان شرائط القسمة)

مادة ١١٢٣ [كون المقسوم عيناً شرط فلا يصح تقسيم الدين المشترك قبل القبض] سواء قسم الدين مستقلا او قسم مع العين والدليل على ذلك :

اولا القسمة افراز والدين ثابت في الذمة لا يمكن افرازه لان الدين وصف معنوي ثابت في الذمم لا وجود له في الحس ، والقسمة انما تعرض لما هو مادي من الموجودات ٠

ثانياً قسمة الدين توجب تمليكه من غير المديون وهذا لا يجوز لان القسمة من وجه مبادلة

ثالثاً الدين ثابت في الذمة فلا يقال بوجوده حقيقة فاذا قسم يكون اعطي حكم الموجود وهذا لا يجوز الا اذا قبض الدين فيجوز تقسيمه لانه يصير عيناً لا ديناً ٠

[مثلاً لو كان للمتوفي ديون] او ديون واعيان [في ذمة اشخاص متعددين واقتسمتها الورثة على ان ما في ذمة فلان من الدين] اوما في ذمة فلان من الدين والعين [لفلان الوارث وما في ذمة فلان منه لفلان الوارث فلا يصح وفي هذه الصورة مهما حصله احد الورثة يشاركه فيه الوارث الآخر] اما لو اقتسموا الاعيان اولا والديون ثانياً جازت قسمة الاعيان و بطلت قسمة الديون ٠

مادة ١١٢٤ [لا تصح القسمة الا بأفراز الحصص وتمييزها] لأن حكم القسمة تعيين حصة كل واحد من الشركاء وهذه لا تكون الا بالافراز [مثلاً اذا قال احد اصحاب الصبرة المشتركة من الحنطة للآخر خذ أنت ذلك الطرف من الصبرة وليكن هذا الطرف لي فلا يكون قسمة]

وذلك لأن القسمة انما تكون بتمييز المقاسم عن بعضها وفي مثال المادة لا يوجد تمييز في المقاسم فان الصبرة من الوسط تصب على اصل الشركة بحيث لا يعرف منتهى كل طرف من جهة ذلك الوسط ٠

وكذلك اذا تقاسم اثنان صبرتي حنطة فأخذ احدهما الاولى والثاني الثانية لا تصح القسمة وكذا اذا كانت الصبرة الاولى عشرة امداد من الحنطة الجيدة والثانية عشرين مداً من الحنطة الرديئة فلا تجوز القسمة باعطاء كل منهما صبرة لان المكيلات من الاموال الربوية فلا يجوز التفاضل فيها الا اذا اعطى مالاً آخر كثوب قماش مثلاً علاوة على الصبرة القليلة جازت القسمة وكذلك لا يجوز للشريكين ان يقتسما زرع الارض المزروعة بينهما قبل حصده وكيله ٠

مادة ١١٢٥ [شرط المقسوم هو كونه ملك الشركاء حين القسمة]

فلا يجوز والحالة هذه قسمة الوقف بين الشركاء اما قسمة الوقف عن الملك وقسمة الموقوف بالاجارتين بين المتصرفين فصحيحة [فاذا ظهر مستحق للمقسوم بعد القسمة بطلت] خلافاً للشفعة فأنها لا تفسخ القسمة « مادة ١٠١٠ » [وكذا اذا ظهر مستحق لجزء شائع منه كنصفه وثلثه بطلت القسمة ويلزم تكرار قسمه] لانها اذا لم تبطل وجب على المستحق اخذ حصته من عشرة مقاسم ووجب عودة كل من الحصص المفرزة لحال الشيوع وهذا مضر بالشركاء و بالمستحق والقسمة انما شرعت لرفع ضرر الشيوع لا لتزييده ٠

[كذلك اذا ظهر مستحق لمجموع حصة بطلت القسمة والباقي مشترك بين اصحاب الحصص واذا ظهر مستحق لمقدار معين من حصة او لجزء شائع منها

فصاحب الحصة مخير ان شاء فسخ القسمة وان شاء لم يفسخ ورجع بمقدار نقصان حصته على صاحب الحصة الأخرى] لان القسمة من وجه مبادلة والمبادلة كالبيع فاذا استحق بعضه فللمشتري الخيار ان شاء فسخ البيع وان شاء ابقاه ورجع بمقدار المبيع وهذا الخيار مفيد عند عدم خروج شيء من حصة الشريك الواقع الاستحقاق بحصة من ملكه بطريق البيع والا اذا باع احد الشريكين المتقاسمين قسماً من حصته ثم وقع الاستحقاق بقسم منها تحتم عليه الرجوع على شريكه بمقدار من حصته وسقط خياره ومفيد ايضاً بحصول العيب في المقسم الواقع الاستحقاق فيه بسبب الاستحقاق اما اذا كان الاستحقاق لا يعيب المقسم الواقع الاستحقاق فيه كقسمة الاغنام يتحتم على الشريك الواقع الاستحقاق بحصته ان يعود على شريكه بفرق الحصة فقط ولا خيار له ٠

واذا وقع الاستحقاق بالحصتين متساويًا او متفاضلا فلا خيار لها واذا كان الاستحقاق متفاضلاً يرجع من وقع الاستحقاق بحصته اكثر من الآخر على شريكه بما اخذ منه زائداً ٠

[مثلاً عرصة مائة وستون ذراعاً بعد ان قسمت بين اثنين مناصفة اذا ظهر مستحق لنصف حصة فصاحب الحصة ان شاء فسخ القسمة وان شاء رجع بربع حصته على شريكه يعني يأخذ من حصته محل عشرين ذراعاً] خلافاً لما اذا وقع الاستحقاق باكثر من مجموع الحصة او بتمام الحصة فان ذلك يبطل القسمة [ولو ظهر مستحق لمقدار معين من كلتا الحصتين فان كان على التساوي لا تفسخ القسمة وان كان في حصة اكثر من الاخرى فالمعتبر هو مقدار الزيادة ويكون كأنما ظهر مستحق لمقدار معين في حصة واحدة ومن اصاب حصته اكثرية الاستحقاق يكون مخيراً كما ان شاء فسخ القسمة وان شاء رجع على شريكه بمقدار النقصان]

واذا وقعت القسمة في اموال يجبر فيها المتمنع على القسمة اذا امتنع واستحق بعضها او كلها فلا ضمان غرور لمن دفع الاستحقاق في حصة على الآخر فاذا اقتسم الشريكان داراً واحدة

شطرين وعمرا او عمر احدهما بمقسمه واستحق كله او بعضه فليس له طلب ضمان الغرور من شريكه . واذا وقعت القسمة في اموال لا يجبر فيها الممتنع عن القسمة للقسمة اذا امتنع كتقسيم الدور المتعددة بين الشركاء واستحق بعضها بعد القسمة فللمستحق منه طلب ضمان الغرور من شريكه .

واعلم بان كون المقسوم ملك المتقاسمين شرط لنفاذ القسمة لا لانعقادها لما يأتي من انعقاد قسمة الفضولي موقوفة النفاذ على اجازة المالك كباقي العقود المدنية وقد بينت هذه المادة للاستحقاق الذي يمكن وقوعه بعد القسمة سبع صور (الاولى) ان يستحق جميع المقسوم فتبطل القسمة لانعدام محلها بالاجماع (الثانية) ان يستحق جزء شائع من جميع المقسوم فتنفسخ القسمة بالاتفاق دفعاً لضرر تفريق نصيب المستحق وتعبير المادة بالبطلان في هذه الصورة مخالف للقواعد ونصوص الفقهاء (الثالثة) ان يكون المستحق مجموع حصة بتمامها وفي هذه الصورة تبطل القسمة لظهور ان المستحق غير مملوك للمتقاسمين وتستأنف على الحصة السالمة (الرابعة) ان يكون المستحق بعضاً معيناً من حصة احد المتقاسمين وفي هذه الصورة لا تنفسخ القسمة اتفاقاً على وجه الجبر لانه لم يتعلق بها للمستحق حق وانما يثبت الخيار في فسخها لصاحب الحصة المستحق منها لان الضرر وقع عليه وحده فأن امضى القسمة رجع بنقصان حصته على الشريك الآخر من الحصة السالمة وان فسخها اعيدت ثانية على الباقي (الخامسة) ان يكون المستحق بعضاً شائعاً من حصة احدهما وفي هذه الصورة لا تفسخ القسمة جبراً ويثبت الخيار لذي الحصة المستحق منها عند الامام الاعظم وتفسخه جبراً من غير توقف الى اختيار المستحق منه عند ابي يوسف لان استحقاق الجزء الشائع اوجد شريكا في المقسوم لا بد من وجود رضاه حين القسمة بخلاف الصورة الرابعة لان استحقاق العين فيها لم يوجد شريكاً للمتقاسمين معاً بل لأحدهما (السادسة) ان يكون المستحق جزأً معيناً من كلتا الحصتين وهو في كل واحدة مساوٍ له في الاخرى وفي هذه الصورة لا تفسخ القسمة ولا يرجع احد على آخر بشيء للمساواة في القدر المأخوذ في كل منهما (السابعة) ان يكون المستحق جزءاً معيناً من كلتا الحصتين مع عدم التساوي وحكم هذه الصورة نظير ما تقدم في الرابعة والخامسة .

مادة ١١٢٦ [قسمة الفضولي موقوفة على الاجازة قولاً او فعلاً مثلاً اذا قسم واحد المال المشترك بنفسه فلا تكون القسمة جائزة لكن اصحابه ان اجازوا قولا

بأن قالوا احسنت او تصرفوا بالحصص المفرزة تصرف الملاك يعني بوجه من لوازم التملك كبيع وايجار فالقسمة صحيحة نافذة]

واذا وقع الفسخ وجب اعتباره ولا تصح الأجازة بعد الفسخ .

مادة ١١٢٧ [كون القسمة عادلة يعني تعديل الحصص بحسب الاستحقاق وعدم نقصانها فاحشاً لازم فدعوى الغبن الفاحش في القسمة تسمع لكن بعد اقرار المقسوم لهم باستيفاء الحق اذا ادعوا الغبن لا تسمع دعواهم]

بناءً عليه تسمع دعوى الغبن الفاحش في القسمة الرضائية والقضائية سواء حصل الغبن من حيث القيمة او من حيث الغلط في الذرع بالمذروعات اوالكيل في المكيلات اوالعدد في العدديات (رد المحتار) . وتسمع ايضاً دعوى الغلط بالقسمة بأن ادعى المدعي بأن المقسم الذي افرز له اعطي بطريق الغلط الى شريكه (رد المحتار) . وتسمع ايضاً دعوى التسليم فأذا قال احد الشركاء كانت حصتي في المقسوم الى المحل الفلاني , وقال الآخر ان حصتك الى المحل الفلاني تحالفا لان هذا الاختلاف واقع على ما حصل بالقسمة فهو من قبيل الاختلاف في المبيع والثمن (رد المحتار) .

وتسمع ايضاً دعوي الحدود وللطرفين في هذه الدعوى اقامة البينة واذا عجزا تحالفا واذا برهنا تقبل بينة الخارج وهو المدعي اما دعوى احد المتقاسمين ملكية المال المقسوم قبل القسمة غير مسموعة « مادة ١٦٥٨ » .

واذا اقر المتقاسمون بأستيفاء حصتهم لا تسمع دعواهم الغبن وتسمع دعواهم بكذب الاقرار وبالغلط والغصب والغبن الفاحش اذا اقر به الشريك الآخر و باثباته من المدعى بالبينة او بالنكول عن اليمين من المدعي عليه .

مادة ١١٢٨ [يشترط في قسمة التراضي رضى كل واحد من المتقاسمين بناءً عليه اذا غاب احدهم فلا تصح قسمة الرضاء واذا كان في جملتهم صغير فوليه

او وصيه قائم مقامه وان لم يكن للصغير ولي ولا وصي كان موقوفاً على امر الحاكم فينصب وصي من طرف الحاكم وتصير القسمة بمعرفته] .

اما الحاكم فله نصب الوصي على القاصر الحاضر في مجلسه او المقيم في دائرة قضائه باقل من مسافة السفر وليس له اقامة الوصي على القاصر الموجود خارج دائرة قضائه .

مادة ١١٢٩ [الطلب في قسمة القضاء] من بعض الشركاء او من كلهم [شرط فلا تصح القسمة جبراً من الحاكم الا بطلب احد اصحاب الحصص] فاذا كان المقسوم مثلياً او كيلياً او وزنياً تكفي فيه دعوى الملك المطلق او دعوى الملك بسبب لان المال لمن وجد بيده وكذا قسمة العقار الا اذا قيد المدعون ملكيتهم بسبب الارث فيكلفوا لاثبات ارثهم ولوفات المورث لتصح دعواهم الملك بالخلفية ولا يقال بأن استماع الشهود بحق وفاة المتوفي حال وفاته لا يجوز بداعي ان الشهادة لا تسمع بغياب المشهود عليه لان احد الورثة بدعوى القسمة مدعي والباقون مدعى عليهم اضافةً لتركة الميت ولا يقال بأن الورثة مقرون بوفاة مورثهم فلا فائدة من اقامة البينة لان البينة تقام اذا كانت مفيدةً الا ترى ان الدعوى المقامة بدين على الميت بوجه احد الورثة تثبت بالبينة ولو اقر الوارث كي يكون حكمها متعد على الورثة الغائبين .

ملاحظه : بحث الشراح بحثاً مطولاً بتجويز القضاء على الغائب وعدم تجويزه و بقسمة القضاء بطلب بعض المتقاسمين اذا كان البعض الآخر غائباً الا ان هذه الابحاث اصبحت منسوخة بأصول المحاكمة ولذا لا حاجة لذكرها .

مادة ١١٣٠ [اذا طلب احد اصحاب الحصص القسمة وامتنع الآخر فعلى ما سيبين في الفصل الثالث والرابع ان كان المال المشترك قابلاً للقسمة يقسمه الحاكم جبراً والا فلا يقسمه] .

خلافاً لقسمة الرضاء فأن للشركاء القسمة رضاءً سواء انتفعوا ام لم ينتفعوا .

ملاحظه : ان هذه المادة مخالفة لمنطوق قانون تقسيم الاموال غير المنقولة فيجب اعتبار

حكمها منحصر بحق المنقولات فقط لان العقارات اذا تبين انها غير قابلة للقسمة تباع جميعها بالمزاد العلني وتوزع اثمانها ٠

مادة ١١٣١ [قابل القسمة هو المال المشترك الصالح للتقسيم بحيث لا تفوت المنفعة المقصودة من ذلك المال بالقسمة] وهي المنفعة التي كان يستوفيها الشركاء قبل القسمة فاذا كانت القسمة مفيدة لأحدهم ومضرة للاخرين حيث ينتفع بعضهم منها دون البعض الآخر لاتصح القسمة قضاءً ٠ وقد قال الامام الشافعي بجواز القسمة بفائدة احد الشريكين بضم مقسمه الى موات او الى عقار آخر له ٠

الخلاصة : للقاضي ان يحكم بالقسمة اذا كان ينتفع بها جميع الشركاء او بعضهم وليس له الحكم اذا كان لاينتفع بها احد منهم اما اذا تعدد الشركاء مثلاً كانوا عشرة اشخاص وطلب القسمة خمسة منهم وكان مقسم الخمسة ينتفع به وجبت القسمة على القاضي (باجوري) ٠

ملاحظة : ما يتعلق بتقسيم العقار من هذه المادة منسوخ ايضاً بقانون تقسيم الاموال غير المنقولة لان القانون المذكور اوجب تقسيم العقار اذا كانت قسمته نافعة لجميع الشركاء والا فبيعه اذا كانت القسمة لا تفيدهم اولاتفيد البعض منهم ٠

﴿ الفصل الثالث ﴾

(في بيان قسمة الجمع)

مادة ١١٣٢ [تجري قسمة القضاء في الاعيان المتحدة الجنس يعني ان الحاكم بطلب احد الشركاء يقسم سواء كان ذلك من المثليات او القيميات]

وذلك لما سبق من وجود معنى الافراز في القسمة وعلة الحكم ظاهرة في المثليات وسنأتي في المادة ١١٣٤ على بيان العلة في القيميات والاعيان المشتركة .

مادة ١١٣٣ [لعدم الفرق والتفاوت بين افراد المثليات المتحدة الجنس فقسمتها مع كونها غير مضرة بأحد الشركاء يكون كل واحد استوفى حصته وحصل على تمامية ملكه بها كما لو كان مقدار حنطة مشتركاً بين اثنين ففي قسمة ذلك بينهما على حسب الحصص واستيفاء كل ما اصاب حصته من الحنطة يكون مالكاً لها مستقلاً ومن هذا القبيل سبيكة ذهب كذا درهماً او سبيكة فضة كذا اقة او قطعة نحاس او حديد كذا وزناً او مقدار من ثوب جوخ متحد الجنس او كذا ثوب بز او عدد كذا من البيض] يقسم بين الشركاء افرازاً ولا يجوز اعطاء احد الجنسين لشريك والجنس الثاني للشريك الآخر مثلاً لا يجوز اعطاء الذهب لاحد الشركاء والفضة او النحاس للشريك الآخر .

مادة ١١٣٤ [القيميات المتحدة الجنس وان وجد فرق وتفاوت بين افرادها لكن بحسب كونه جزئياً صار كأن لم يكن وعدت قابلة للقسمة ايضاً على ما مر مثلاً خمسمائة شاة مشتركة بين اثنين اذا قسمت نصفين فكأنما اخذ كل واحد منهما عين حصته ومن هذا القبيل ايضاً مائة جمل ومائة بقرة] ولا يجوز قسمتها بأعطاء الجمال

للشريك والبقر للشريك الآخر . والمعول عليه في مشروعية الجبر على القسمة هو اتحاد اجزاء المقسوم في المالية ومنفعته المقصودة ولا اعتبار لوحدة العين والصورة فيها .

مادة ١١٣٥ [لا تجري قسمة القضاء في الاجناس المختلفة يعني في الاعيان المشتركة المختلفة الجنس سواء كانت من المثليات او من القيميات اي لا يسوغ للحاكم ان يقسمها قسمة جمع جبراً بطلب احد الشركاء مثلاً بأن يعطي لاحد الشركاء مقدار كذا حنطة وفي مقابله لآخر مقدار كذا شعير او لاحدهم غنماً وفي مقابله لآخر مقدار كذا ابلاً او بقراً او لواحد سيفاً ولآخر سرجاً او لاحدهما داراً ولآخر دكاناً او ضيعة بطريق قسمة القضاء لا يجوز اما اعطائهم ذلك على الوجه المشروح حال كونه بالتراضي بينهم قسمة رضى فأنه يجوز]

وذلك لان اختلاف الجنس لا يتصور معه وحدة اجزاء المقسوم في المالية والمنفعة المقصودة منه فلا يثبت لذي الولاية العامة صلاحية الجبر على المبادلة لأن ذلك من اضاعة الحقوق ومبادلة المختلف الجنس بيع فلا يجوز بدون الرضاء .

مادة ١١٣٦ [الأواني المختلفة بحسب اختلاف الصفة ولو كانت مصنوعة من جنس معدن واحد تعد مختلفة الجنس]

مادة ١١٣٧ [الحلي وكبار اللؤلؤ والجواهر ايضاً من الاعيان المختلفة الجنس اما الجواهر الصغيرة مثل اللؤلؤ الصغير الذي لا تفاوت في قيمته بين افراده واحجار الماس الصغيرة فأنها تعد متحدة الجنس] .

مادة ١١٣٨ [الدور المتعددة والدكاكين والضياع ايضاً مختلفة الجنس فلا تقسم قسمة جمع مثلاً بأن يعطي لأحد الشركاء من الدور المتعددة واحدة وللآخر اخرى بطريق قسمة القضاء لا يجوز بل تقسم كل واحدة منها قسمة تفريق على

الوجه الآخر] لان الدور وان كانت من جنس واحد لكنها تختلف بجيرانها وشرفها وقربها من المساجد وذلك عند الامام الاعظم اما الامامان فقد رأيا جواز ترك امر التقسيم لرأي الحاكم اما المنازل وهي الدور الصغيرة المتلاصقة والموجودة في المحلة الواحدة او الغرف يجوز قسمتها بالاتفاق وهذا كله خلافاً لما جاء بقانون تقسيم الاموال غير المنقولة لان هذا القانون منع قسمة الجمع في الاملاك بدون رضاء الطرفين فاصبح الاخذ بظاهر هذه المادة واجباً لان ظاهرها ينطبق على القانون المذكور .

***

الفصل الرابع

(في بيان قسمة التفريق)

مادة ١١٣٩ [تفريق العين المشتركة وتبعيضها ان لم يكن مضراً باحد الشركاء فهي قابلة للقسمة مثلاً لو قسمت عرصة وفي كل قسم منها تنشأ الابنية وتغرس الاشجار وتحفر الآبار فبهذا الوجه المنفعة المقصودة من العرصة تكون باقية . كذلك دار فيها منزلان واحد للرجال والآخر للحرم ففي تفريقها وتقسيمها الى دارين لا تفوت منفعة السكنى المقصودة من المنزل وكل واحد من الشركاء يصير صاحب دار مستقلاً بناءً عليه قسمة القضاء تجري في العرصة والمنزل يعني احد الشركاء اذا طلب القسمة وامتنع الآخر فالحاكم يقسم ذلك جبراً] .

ثم ان القابلية للقسمة تكون باعتبار نفع المتشاركين في العين المقسومة فالعقار اما ان يكون غير قابل للقسمة اساساً كالبئر والحمام ودار الرحى والحصان والكتاب واما ان يكون قابلاً للقسمة كالدار الكبيرة والمنزل ولا يقسم بالنسبة لتعدد الشركاء فيه ولعدم امكان اعطاء كل منهم حصته واعطاء طالب القسمة حصة ينتفع بها .

مادة ١١٤٠ [اذا كان تبعيض العين المشتركة وتفريقها نافعاً لبعض الشركاء ومضراً بالآخر يعني انه مفوت للمنفعة المقصودة فاذا كان الطالب للقسمة المنتفع فالحاكم يقسمها حالاً مثلاً اذا كان احد الشريكين في الدار حصته قليلة لا ينتفع بعد القسمة بالسكنى فيها وصاحب الكثيرة يطلب قسمتها فالحاكم يقسمها قضاءً] وهو القول المختار من اصحاب المتون والبهجة ويستثنى منه عقار الوقف المتصرف فيه بالاجارتين والطريق والمسيل لان الوقف يشترط فيه اولاً انتفاع كل شريك بحصته. ثانياً كون القسمة نافعة بحق الوقف. ثالثاً وقوع التقسيم بأذن المتولي واذا كان احد الشركاء صغيراً يجب اجراء القسمة اذا كانت مفيدة له اما الحكم بقسمة الطريق والمسيل فأنه مبين في المادتين ١١٤٣ و ١١٤٤

مادة ١١٤١ [لا تجري قسمة القضاء في العين المشتركة التي تبعيضها وقسمتها تضر بكل واحد من الشركاء] لان بهذه القسمة ضرر لجميع الشركاء [مثلاً الطاحونة اذا قسمت فلا تستعمل طاحونة فمن هذا الوجه تفوت المنفعة المقصودة فلا يسوغ للحاكم قسمتها بطلب احد الشركاء وحده] الا اذا كانت الطاحون ذات حجرين او كان الحمام ذا خزانتين فيقسم اذا كان مشتركاً مناصفة بين شريكين [أما بالتراضي فتقسم] بدون حكم الحاكم واذا راجعوا الحاكم لاجل قسمتها فلا يقسمها لان الحاكم لا يشتغل بالعبث [وكذلك الحمام والبئر والقنات والبيت الصغير والحائط بين الدارين ايضاً وكل ما كان محتاجاً الى الكسر والقطع من العروض فهو من هذا القبيل كالحيوان والسرج والعربة والجبة وحجر الخاتم لاتجري قسمة القضاء في واحد منها] لان قسمة هذه الاشياء توجب قلب المقصود لنقيضه ولا يجوز الشرع والعقل مباشرة الحكام الأعمال المضرة اما القسمة الرضائيه فصحيحة في ذلك لحرية تصرف الملاك في ملكه.

مادة ١١٤٢ [كما انه لا يجوز تقسيم اوراق الكتاب المشترك كذلك لا

لا يجوز تقسيم الكتاب المتعدد الاجزاء و الجلود جلداً جلداً] لان القصد من القسمة هو الانتفاع والقسمة على هذا الوجه مضرة بعموم الشركاء ولا يجوز العقل مباشرة الضرر قضاءً ولا خير ايضاً في قسمة التراضي في مثل هذه الاحوال لانها عبث واضاعة للمال وانما الانتفاع بمثل هذه الاموال بطريق المهايئة او البيع من احد الشركاء او من اجنبي هو اقرب الى منفعة الشركاء ٠

مادة ١١٤٣ [ينظر في الطريق المشترك بين اثنين فأكثر وليس لغيرهم فيه حق اصلا] اي الطريق المفرز من عرصة مشتركة بين بعض الاشخاص اذا اقتسموها وعمروا دوراً فيها وتركوا طريقاً خاصاً مشتركاً بينهم (وهذا الطريق الخاص هو غير الطريق الوارد ذكره في المادة ١١٢٣ من المجلة)٠

[حين طلب احدهم قسمته وامتناع الآخر فأن كان بعد القسمة يبقى لكل واحد منهم طريق] ومنفذ غيره فأنه في ذلك الحال [يقسم والا فلا يقسم جبراً الا اذا كان لكل واحد طريق ومنفذ غيره فأنه في ذلك الحال يقسم] اما القسمة فأنها تجري بنسبة حصة كل من الشركاء اذا كانت الحصص في الطريق معلومة ؛ والا تكون على عدد رؤوس الشركاء لا بنسبة مساحة املاكهم لان القصد من الطريق المرور وهذا متساو (رد المحتار)

واذا تقاسم الشركاء الطريق الخاص قسمة رضاء فلهم تعيين الحصص كيفما شاؤا لأن الطريق ليس من الاموال الربوية ٠ وكذا الحكم في الساحات المتروكة للبيوت ٠ اما الطريق الواجب اعطائه لكل من الشركاء بعد القسمة اذا كان طريق بيوت فيجب ان يكون كافياً لمرور انسان واذا كان طريق ارض يجب ان يكون كافياً لمرور ثور واذا كان طريق مرج يجب ان يكون كافياً لمرور جمل او دابة ٠

واذا دققنا في هذه المادة نراها تخالف المادة ١١٤٠ من حيث الحكم وايضاح ذلك ان محل اجابة الطرف المنتفع وحده بالقسمة اذا لم يكن المشترك طريقاً ٠ اما في الطريق المشترك فلا يجاب طالب القسمة مالم تتوفر منفعة جميع الشركاء من حصصهم فيه بعد القسمة لان الضرر في الطريق لا يقبل التلافي اصلاً ٠

مادة ١١٤٤ [المسيل المشترك ايضاً كالطريق المشترك اي اذا طلب احدهما القسمة وامتنع الآخر فأن كان بعد القسمة يبقى لكل واحد مجرى لمائه او يتخذ كل مسيلا في محل غيره يقسم والا فلا]

مادة ١١٤٥ [كما انه يجوز ان يبيع شخص طريقه الملك على ان يبقى له حق المرور يجوز ايضاً ان يقتسم اثنان عقارهما المشترك بينهما على ان تكون رقبة الطريق المشترك يعني ملكيته لأحدهما وللثاني حق المرور فقط] لان الطريق لم يكن من الاموال الربوية فيجوز اعطاء احد الشركاء فيه حصةً اكثر من الآخر ولأمكان اعطاء الشريك في رقبة الطريق شيئاً من داخل المشترك ·

مادة ١١٤٦ [كما يجوز ترك الحائط الفاصل بين الحصتين مشتركاً في تقسيم الدار بين الشريكين تجوز ايضاً القسمة على جعله ملكاً لأحدهما خاصة] · ويجوز ايضاً تقسيمه على ان يكون ملكاً لأحدهما وان يضع الآخر جذوعه عليه ·

***

الفصل الخامس

(في بيان كيفية القسمة)

مادة ١١٤٧ [المال المشترك ان كان من المكيلات فبالكيل او من الموزونات فبالوزن او من العدديات فبالعدد او من الذرعيات فبالذراع يصير تقسيمه]

وهذا الفصل يبين طرائق قسمة القضاء التي تجري في متحد الجنس من المثليات والقيميات غير ان شريكي التساوي فيها لا يلزم ان يأخذ كل واحد منهما مقدار الآخر في العددي والكيلي والوزني من القيميات ويجوزان يأخذ احدهما ازيد من الآخر في العدد على طريق تعديل القيمة·

مادة ١١٤٨ [حيث كانت العرصة والاراضي من الذرعيات فتقسم بالذراع

اما ما عليها من الاشجار والابنية فيقسم بتقدير القيمة] واذا كان بعض البناء مبنياً على قسم من الطريق العام فلا تكال ارضه ولا تدخل في القسمة و يقدر بناؤه بدون عرصته (هندية)

مادة ١١٤٩ [اذا كان في تقسيم الدار ابنية احدى الحصتين اغلى ثمناً من الحصة الاخرى فأن امكن تعديلها بأعطاء مقدار من العرصة فبها والا فتعدل بالنقود]

اي ان الذرع لا يختص بالمنقولات التي تجري فيها قسمة الجمع وقد يكون في العقارات التي قسمتها من التفريق .

مادة ١١٥٠ [اذا اريد قسمة دار] واحدة [مشتركة بين اثنين على ان يكون فوقانيها لواحد وتحتانيها لآخر فيقوم الفوقاني والتحتاني و باعتبار القيمة تقسم]

لان الفوقاني والتحاني يختلفان في اكثر المدن وفي بعضهما منافع لا توجد في الاخر وقد ذكر في الشرح ان الدار التي تفرز على هذا الوجه هي الدار الواحدة بناءً عليه لا يجوز اعطاء فوقاني احدى الدارين لواحد وتحتاني الاخرى لآخر .

مادة ١١٥١ [ينبغي للقسام اذا اراد قسمة دار ان يصورها على ورقة ويمسح بالذراع عرصتها] ويقومها [ويقوم ابنيتها و يعدل الحصص على ان لا يبقى تعلق لكل حصة في الأُخرى ان امكن ويفرز الشرب والطريق والمسيل]

واذا لم يفرز لكل حصة طريقاً وتمت القسمه ينظر فاذا كان صاحب المقسم الذي لا طريق له يمكنه فتح طريق في ارضه كان بها والا فاذا اخذ مقسمه وهو عالم بأن لا طريق له يكون قد رضي به معيباً واذا اخذه وهو لا يعلم بأن لا طريق له فله فسخ القسمة .

[و يلقب الحصص بالاول والثاني والثالث ثم يقرع فتكون الاولى لمن خرج اسمه ابتداءً والثانية لمن خرج اسمه ثانياً والثالثة لمن خرج اسمه ثالثاً و يسري على هذا الترتيب اذا وجد زيادة حصة]

ثم ان القرعة هي من اجل تطييب القلوب فمتى تم التعديل والتقسيم يجوز للحاكم ان

يحكم بالقسمة بدون القرعة وحيث ان القرعة ليست بشرط لصحة القسمة فلا يقال بأن تعيين الاستحقاق بالقرعة حرام لانه ليس بميسر (قمار) .

اما القسام فيجب ان يكون عادلاً واميناً وعالما بالقسمة وتقبل شهادته اذا كان نصاباً بعد القسمة بتسليم كل من المتقاسمين مقسمه ولو كان مأجوراً لان شهادته ترد على التسليم والتسلم لا على فعله وهو القسمة .

مادة ١١٥٢ [التكاليف الاميرية ان كانت لاجل محافظة النفوس] كالتمتع [تقسم على الروس ولا يدخل في دفتر التوزيع النساء ولا الصبيان] وكذلك الدية اذا وجبت على اهل قرية يستثنى منها النساء والصبيان والمجانين والمعتوهون .

[وان كانت لمحافظة الاملاك] كالويركو [فتقسم على مقدار المساحة لان الغرم بالغنم كما ذكر في المادة ٨٧]

والسبب في عدم دخول النساء والاطفال في التوزيع هو ان محافظة النفوس الضعيفة من مجموع الامة واجب على المجموع القوي لان النساء مدارس الاطفال والاطفال تأتي نوبتهم بعد البلوغ .

وكذا اذا حصل خطر في البحر ورأي الركاب ان هذا الخطر لا يزول الا بالقاء الاموال في البحر يلقى من الاموال ما خف حملها وقلت قيمتها ويضمن الركاب قيمتها بحسب عددهم واذا التقى بعض الاموال تحسب قيمتها على الاموال الباقية والرؤس .

ملاحظة : اعلم ان بحث القسمة الوارد في المجلة يتعلق بقسمة المثلي والقيمي من العقار والعروض ولما كانت قسمة العقارات اصبحت تابعة لقانون مخصوص وهو قانون تقسيم الاموال الغير المنقولة وكان هذا القانون يجيز قسمة الاراضى والاملاك بصورة تخالف احكام المجلة حيث ان هذا القانون امر بلزوم القسمة عندما تكون مفيدة للطرفين او بيع العقار عندما تفوت منفعة احدهما وبتوزيع ثمن العقار المطلوب قسمته لذلك اصبح من الواجب اعتبار جميع ماورد في المجلة بحق القسمة منسوخاً فيما يخالف ما ورد بقانون تقسيم الاموال الغير المقولة .

***

﴿ الفصل السادس ﴾

(في الخيارات)

يجري في القسمة ستة انواع من الخيارات وهي : خيار الشرط، خيار الرؤية ، خيار العيب، خيار الغبن ١١٢٨ ، خيار الاستحقاق ، خيار اجازة عقد الفضولي ١١١٥ و١١٢٦ ولا يجري فيها خيار النقد وخيار التعيين .

مادة ١١٥٣ [كما يكون خيار الشرط وخيار الرؤية وخيار العيب في البيع كذلك يكون ايضاً في تقسيم الأجناس المختلفة] لان قسمة هذه الاموال هي مبادلة كالبيع والبيع تدخله الخيارات [مثلاً اذ اقتسم المال المشترك بالتراضي بين الشركاء على ان يكون لواحد كذا مقدار حنطة ولآخر كذا مقدار شعيراً ولآخر كذا غنماً ولآخر في مقابله كذا رأس بقر فأن شرط الخيار الى احدهم الى ايام معلومة ففي هذه المدة ان شاء قبل القسمة وان شاء فسخ وان كان احدهم لم ير المال المقسوم يكن مخيراً وان ظهرت حصة احدهم معيبة فأن شاء قبل وان شاء رد]

ولا يقال بعدم جريان خيار الرؤية في القسمة قياساً على البيع الوارد ذكره في المادة ٣٢٢ من المجلة لان كل شريك من المتقاسمين في القسمة هو بائع ومشتر فله خيار الرؤية وللشريك اذا ظهر ان قسماً من حصته معيب ردها كلها او قبلها كلها وليس له تبعيضها واذا كان المتقاسم عليه دابة فركبها الشريك بعد ان اطلع على عيبها يسقط حقه من ردها بخيار العيب لان الدابة من الاشياء التي يختلف بها الانتفاع باختلاف المستعملين وليس للشريك ركوبها حال غياب شريكه لان ركوبها دليل على الرضاء بالعيب اما استعمال الدار المقسومة بعد الاطلاع على العيب فلا يمنع الرد وكذا جميع ما يمنع الرد بخيار العيب في البيع يمنع الرد بخيار العيب في القسمة .

ثم اعلم ان كلمة بالتراضي الواردة في هذه المادة هي قيد احترازي لان الأجناس المختلفة لا تقسم قسمة قضائية كما ورد ذلك في المادة ١١٣٥

مادة ١١٥٤ [خيار الشرط والرؤية والعيب يكون ايضاً في قسمة القيميات المتحدة الجنس مثلاً اذا قسمت مائة شاة مشتركة بين اصحابها على قدر الحصص ان كان احدهم شرط الخيار الى كذا يوماً ففي هذه المدة يكون مخيراً بين القبول وعدمه وان كان لم ير الغنم فحين يراها يكون مخيراً كذلك وان ظهر عيب قديم في الغنم التي اصابت حصة احدهم فكذلك يكون مخيراً ان شاء قبلها وان شاء ردها]

مادة ١١٥٥ [خيار الشرط والرؤية لا يكون في قسمة المثليات المتحدة الجنس] خلافاً لبيعها لان قسمة المثليات افراز لا مبادلة ٠

[لكن يكون فيها خيار العيب] لان الملك لكل واحد منهما قبل القسمة شائع في اجزاء المشترك السالم منها والمعيب فوجود العيب في حصة واحد يدل على انه استوفى من المعيب اكثر من حصته فيرد الزائد عما يصيب حصته من المعيب ويأخذ بدلاً منه من السالم ٠

[مثلاً صبرة حنطة مشتركة بين اثنين فاقتسماها على ان لأحدهما الخيار الى كذا يوماً لا يكون الشرط معتبراً واحد الشريكين اذا لم ير الحنطة فحين رؤيتها يكون له الخيار اما اذا اعطي احدهم من وجه الصبرة والآخر من اسفلها فظهر اسفلها معيباً فصاحبه مخير ان شاء قبل وان شاء رد]

واعلم ان الاعطاء من وجه الصبرة الى احد الشركاء ومن الاسفل الى الآخر لا يفهم منه القسمة جزافاً لان قسمة المثليات جزافاً لا تجوز « مادة ١١٢٤ »

الفصل السابع

(في بيان فسخ القسمة واقالتها)

مادة ١١٥٦ [بانسحاب القرع كاملاً تتم القسمة]

وتتم ايضاً بحكم الحاكم و بالزام من و كله الشركاء بأعطاء كل منهم حصته و بالقبض ٠

مادة ١١٥٧ [بعد تمام القسمة]الصحيحة[لا يسوغ الرجوع]

اما القسمة الفاسدة كقسمة الوقف بين المرتزقة فأنها تنقض في كل وقت ٠

مادة ١١٥٨ [في اثناء القسمة اذا خرجت قرعة الاكثر مثلاً وبقي واحد فأراد احد اصحاب الحصص الرجوع ينظران كانت قسمة رضىً فله الرجوع وان كانت قسمة قضاء فلا رجوع]

لان قسمة الرضاء يشترط فيها رضاء جميع الشركاء والرجوع يدل على عدم الرضاء ٠

مادة ١١٥٩ [اذا اقال اصحاب الحصص القسمه برضائهم بعد تمامها وفسخوها فلهم ان يجعلوا المقسوم مشتركاً بينهم كما في السابق]

وعندي ان وجه هذه الاقالة في القيميات لا المثليات لان قسمتها افراز فلا تقال واذا اقيلت وخلطت تكون الاموال مشتركة بين الشركاء بسبب الشركة الجديدة لا بسبب الاشتراك الأول(رد المحتار) « مجلة مادة ١٠٦٠ » اي بسبب الخلط الجديد ٠

مادة ١١٦٠ [اذا تبين الغبن الفاحش في القسمة فتفسخ وتقسم تكراراً قسمة عادلة] ٠

اي ان ظهور الغبن الفاحش في القسمة بنوعيها يجعلها مستحقة الفسخ بالطلب ولا يبطلها وقد قال بعض الفقهاء ببطلان القسمة بمجرد وجود الغبن الفاحش فيها وانها لا تحتاج الى طلب اذا كانت قضائية لان فعل الحاكم مشروط بالمصلحة ٠

و يثبت الغبن الفاحش بالاقرار فأذا اقر به عموم الشركاء فسخت القسمة واذا اقر به بعضهم

وانكر البعض الآخر وحلفوا اليمين تجمع حصة المدعي والمقرين وتقسم بينهم • ويثبت ايضاً بالنكول فاذا نكل جميع المتقاسمين عن الحلف تنقض القسمة واذا حلف بعضهم ونكل الآخرون تجمع حصة الناكلين والمدعي فقط وتقسم بينهم وبين المدعي • وتسمع ايضاً دعوى الغلط ودعوى الحدود ودعوى غصب الحصة بعد التسليم كما مر ذلك بشرح المادة ١١٢٧ •

مادة ١١٦١ الدين مقدم على الارث بناءً عليه [اذا ظهر دين على الميت بعد تقسيم التركة فتفسخ القسمة الا اذا ادى الورثة الدين او ابرأهم الدائنون منه او ترك الميت مالاً سوى المقسوم يفي دينه فعند ذلك لا تفسخ القسمة]

ولا فرق بين ان تكون تركة المتوفي مستغرقة بالدين او غير مستغرقة لان ظهور الدين يمنع حقوق الملك في التركة للورثة وهذا شرط لنفاذ القسمة « راجع المادة ١١١٥ »

وكذا تفسخ القسمة بظهور وصية او موصى له وبظهور وارث آخر • فأذا اقر الورثة بالدين او بالوصية قبل القسمة يفرز من المال الموروث ويقسم الباقي بينهم اما اقرار الورثة بأن مورثهم كان كفيل كفالة درك فلا يؤخر القسمة لان الرجوع بمقتضى الكفالة عليهم توهم ولا فرق بين ان يكون الدين لأجنبي او لوارث انما دين الاجنبي ينقض القسمة ودين الوارث لا ينقضها للتناقض الحاصل منه بمباشرته القسمة • اما الوصية فاذا كانت بمبلغ معلوم ودفعها الورثة فلا تفسخ قسمتهم واذا تمنعوا عن دفعها او كانت الوصية بحصة شائعة تفسخ القسمة حيث يكون حق الموصى له معلقاً بنفس التركة المقسومة •

وكذا ظهور الوارث الآخر يفسخ القسمة وليس للورثة ان يطلبوا تثبيت القسمة واعطاء الوارث الآخر مالا لم يدخل في القسمة بدون رضائه واذا كان هذا الوارث معلوماً عند القسمة وافرزت حصته بقسمة القضاء فله اخذها عند عودته وليس له طلب فسخ القسمة ونقضها « مادة ١١٢٩ »

ولا فرق بين ان تكون تركة المتوفي مستغرقة بالدين او غير مستغرقة لان ظهور الدين يمنع خلوص الملك في التركة للورثة وهذا شرط لنفاذ القسمة « راجع المادة ١١١٥ »

***

﴿ الفصل الثامن ﴾

(في بيان احكام القسمة)

مادة ١١٦٢ [كل واحد من اصحاب الحصص يملك حصته مستقلاً بعد القسمة لا علاقة لواحد] على الا كثر [في حصة الآخر بعد وكل واحد يتصرف في حصته كيفما شاء على الوجه الآتي بيانه في الباب الثالث فلو قسمت دار بين اثنين فأصاب حصة احدهم البناء وحصة الآخر العرصة الخالية يفعل بعرصته ما يشاء من حفر الآبار والسياق وانشاء الابنية واعلائها الى حيث شاء لا يسوغ لصاحب الابنية منعه ولو سد عليه الهواء او الشمس]

قلنا في هذه المادة انه لا يبقى لواحد على الا كثر علاقة في حصة الآخر لان الشركاء يمكنهم ان يتركوا بعضاً حق مرور او حق شرب اوحق مسيل في حصص بعضهم كما سيأتي بيانه في المادة ١١٦٦

مادة ١١٦٣ [تدخل الاشجار في قسمة الاراضي] كما تدخل في البيع من غير ذكر « مادة ٢٣٢ [وكذا الاشجار مع الابنية في تقسيم الغيضة يعني في اي حصة وجدت الاشجار والابنية تكون لصاحب الحصة ولا حاجة الى ادخالها بالتعبير العام حين القسمة كقولهم بجميع مرافقها او بجميع حقوقها او بالتصريح بذكرها]

وهذا الحكم منحصر بالاشجار القائمة اما الاشجار المقطوعة فلا تدخل في القسمة واذا قسمت الاراضي لا يجوز للمتقاسمين ان يدعوا ملكية الاشجار القائمة عليها لانها تابعة لها اما اذا تقاسموا الاشجار والابنية فيمكنهم الادعاء بملكية الارض لأن كثيراً ما تكون الأشجار القائمة في الارض مشتركة والارض ملك احد الشركاء . وكذا كثيراً ما يكون الثمر الى زيد والشجر الى عمرو (رد المحتار) .

مادة ١١٦٤ [الزرع والفاكهة لا يدخلان في تقسيم الاراضى والغيضة الا بصريح الذكر فأن لم يذكرا يبقيا مشتركين كما كانا سواء ذكر التعبير العام حين القسمة كقولهم بجميع حقوقها او لم يذكر] وكذا الزرع والثمر اذا كان مجموعاً ومقلوعاً ومقطوفاً لا يدخل في القسمة (هنديه) لان الزرع والثمر لا يتصل بالارض على الدوام ·

مادة ١١٦٥ [حق الطريق والمسيل في الاراضي المجاورة للمقسوم داخل في القسمة على كل حال يعني في اي حصة وقع يكون من حقوق صاحبها سواء قيل بجميع حقوقها حين القسمة ام لم يقل] مثلا اذا افرزت دار ذات براني وجواني فللبراني باب من الطريق العام وللجواني باب من عرصة زيد المجاورة للدار المذكورة وله طريق منها فأعطى البراني لشريك والجواني للشريك الآخر فيكون الطريق المذكور عائداً لصاحب الدار الجوانية ولا علاقة لصاحب الدار البرانية به اصلاً ·

مادة ١١٦٦ [اذا شرط حين القسمة كون طريق الحصة او مسيلها في الحصة الاخرى فالشرط معتبر] سواء كان تحويل الطريق والمسيل من مكانه ممكناً او غير ممكن لأن الشرط يراعى بقدر الامكان وكذا يجوز اعطاء طريق واحد لعموم المتقاسمين «راجع شرح المادة ١١٤٣»

مادة ١١٦٧ [اذا كان طريق حصة في حصة اخرى ولم يشترط ابقاؤه حين القسمة فأن كان قابل التحويل الى طرف آخر يحول سواء قيل حين القسمة بجميع حقوقها ام لم يقل] لان القصد من القسمة هو قطع علاقة حصص الشركاء من بعضها لان الشريك لا يستحق طريقاً في مقسم شريكه الا اذا كان لا يمكنه ايجاد طريق آخر ويراعى الشرط اذا اشترط بقاء طريق احدي الحصص في الحصص الاخرى ·

[اما اذا كان الطريق غير قابل التحويل الى طرف آخر فينظر ان قيل حين

القسمة بجميع حقوقها فالطريق داخل يبقى على حاله وان لم يذكر التعبير العام كقولهما بجميع حقوقها] ينظر فاذا كان الشريك الذي لا طريق له كان غير عالم بذلك [تنفسخ القسمة] واذا كان عالماً بذلك وقبل القسمة يكون قد رضي بحصته معيبة ولا تنفسخ القسمة لان القسمة هي الاستفادة من ملكية الرقبة وهذا حاصل بدون طريق [والمسيل في هذا الخصوص كالطريق بعينه] .

مادة ١١٦٨ [دار مشتركة بين اثنين وفيها طريق لصاحب دار اخرى فأرادا قسمتها فليس لصاحب الطريق ممانعتهما] لانه لا يملك شيئاً في دارهما المشتركة بينهما [لكنهما يتركان طريقه على حاله حين القسمة وفي بيع هذه الدار المشتركة مع طريقها ايضاً باتفاق الثلاثة]اي صاحبي الدار والشريك بالطريق [ان كان هذا الطريق مشتركاً بينهم فثمنه ايضاً يقسم اثلاثاً بينهم وان كانت رقبة الطريق لصاحبي الدار ولذلك الآخر حق المرور فكل واحد يأخذ حصته هكذا تقوم العرصة مع حق المرور خالية عنه فالفضل بين القيمتين لصاحب حق المرور والباقي لصاحب الدار والمسيل ايضاً كالطريق يعني اذا كان لواحد حق مسيل في دار مشتركة ففي قسمة الدار بينهما يترك المسيل على حاله]

اما قسمة ثمن الطريق اذا كان مشتركاً بينهم تكون بنظير حصة كل منهم اذا كانت معلومة والا على عدد رؤوس المتقاسمين ووجه الفقرة الاولى ان صاحب المرور ليس له مع مالكيها شركة شيوع حتى يشترط رضاه في نفاذ الافراز او المحل الثابت له حق المرور فيه معين او ممكن التعيين باتفاق المالكين .

١١٦٩ [اذا كان في ساحة دار منزل لآخر وصاحب المنزل يمر منها فاراد صاحب الدار قسمتها بينهم فليس لصاحب المنزل منعهم منها لكن] اذا كان للمنزل

طريق معلوم يتركوه له واذا كان لا طريق معلوم له [يتركون له طريقاً بقدر عرض باب المنزل] الخارجي [حين القسمة] واذا كانت المنازل متعددة فيترك لكل منزل طريق اذا كان معلوماً واذا كان لا طريق معلوم له وكانت المنازل بجهة واحدة يترك لها طريقاً بعرض اوسع باب منزل منها واذا كان كل منزل بجهة ولا يمكن التوصل له من طريق واحد يترك لكل واحد طريق وكذلك الارتفاع فأنه يقدر بقدر ارتفاع باب المنزل عن سطح الارض.

مادة ١١٧٠ [دار قسمت بين اثنين] او بين اكثر من اثنين [و بين المقسمين] او المقاسم [حائط مشترك عليه رؤس جذوع الى احد المقسمين] او الى احد المقاسم ورؤسها الأخرى على حائط آخر فأن شرط رفعها حين القسمة ترفع والا فلا ترفع وكذلك حائط بين مقسمين لصاحب حصة عليه جذوع لصاحب الحصة الأخرى تقاسما على كونها ملكاً له حكمها على هذا الوجه].

وكذا دار قسمت بين اثنين وفي احدى مقسميها نافذة تطل على مقر نساء صاحب المقسم الآخر فأن شرط سدها حين القسمة تسد والا فلا.

مادة ١١٧١ [اغصان الاشجار الواقعة في قسم اذا كانت مدلاة على القسم الآخر فان لم يكن شرط قطعها حين القسمة لاتقطع] لانها قسمت على هذا الوجه.

مادة ١١٧٢ [اذا قسمت دار مشتركة لها حق المرور في طريق خاص فلكل واحد من اصحاب الحصص ان يفتح كوةً وباباً الى ذلك الطريق وليس لسائر اصحاب الطريق منعه]

وقد اختلف العلماء بأحداث الباب في الطريق الخاص من اصحاب حق الطريق فمنهم من قال ان لصاحب الحائط فتح الابواب في حائطه كيفما شاء لان له هدم حائطه متى شاء ومنهم من قال ان له فتح الابواب والنوافذ قبل بابه لجهة اول الطريق وليس له فتح باب في الطريق

الخاص بعد بابه لجهة آخر الطريق الخاص لانه ليس له حق المرور في الاصل فيما يلي باب داره اما المجلة فقد وردت مطلقة و يفهم من اطلاقها انها اختارت القول الاول ٠

مادة ١١٧٣ [اذا بنى احد اصحاب الحصص لنفسه في الملك المشترك القابل للقسمة بدون اذن] او بأذن [الآخرين] فلهم طلب رفع هذا البناء وكذا اذا [طلب الآخر القسمة فتقسم فأن اصاب ذلك البناء حصة بانيه فبها وان اصاب حصة الآخر فله ان يكلف بانيه هدمه ورفعه] وكذلك الحكم في الشجر ٠

***

الفصل التاسع

((في بيان المهايئة))

٠ ان المجلة بعدان بحثت عن قسمة الاعيان بحثت عن قسمة الاعراض والمنافع في بابها هذا وسمته مهايئة ٠ المهايئة ثابتة بالكتاب وهو قوله تعالى (لها شرب ولكم شرب يوم معلوم) و بالسنة وهو اعطاء الرسول عليه الصلاة والسلام يوم بدر الى كل ثلاثة من الصحابة بعيراً واحداً اليركبوه مناوبة ٠ وبأجماع الأمة لكنها مخالفة للقياس لانها مبادلة منفعة بمنفعة مثلها ومن جنسها فالقياس عدم تجويزها كما مر ذلك بشرح المادة ٤٦٣ ٠

شرطها : امكان الانتفاع من العين مع بقائها ٠

حكمها : ان تكون بعضاً افراز وبعضاً مبادلة ٠

تجري المهايئة بين اصحاب الرقبة وتجري بعضاً بين المتصرفين في منافع الرقبة كمستحقي الوقف المشروط للسكنى فلهم المهايئة بأذن الناظر اذا كانت دار الوقف لا تكفي لسكناهم (بهجه) ٠ وفي التفتيح استأجرا مأجوراً واختلفا بسكناه لعدم مساعدته لسكناهما فلهما المهايئة رضاءً ولهما فسخها بلا عذر ٠ وفي كشف الستور للمرحوم محمود افندي الحمزاوي مفتي دمشق الاسبق ما خلاصته (ورد في التاتارخانية ان مهايئة المستأجرين صحيحة لكنها غير لازمة ولما

كانت قسمة المنافع جبراً تصح في المواضع التي تقسم فيها الاعيان جبراً فيجب قبول طلب احد المستأجرين تقسيم المنفعة جبراً انتهى) . وكذا تجري المهايئة بين المالك والمستأجر في العقار الواحد فاذا آجر احد الشريكين جميع العقار المشترك واستحق الشريك حصته واستردها وكانت الدار لا تكفي لسكنى المالك والمستأجر يتهايؤا عليها .

مادة ١١٧٤ [المهايئة عبارة عن قسمة المنافع]

فهي لا اجارة ولا عارية كما قال بعض الفقهاء لأن اجارة المنفعة بمقابل المنفعة غير صحيح والعارية عقد غير لازم وقد شرعت للحاجة لتعذر اجتماع المالكين على الانتفاع في الوقت الواحد بالملك المشترك مع عدم قابليته لأيفاء منافع مستقلة بدون افراز مكاني او زماني على نسبة الحصص وليس كل مملوك تمكن قسمة عينه وليس كل ما تمكن قسمة عينه تتوفر المصلحة على قسمته بشهادة الحس والحوادث اليومية .

مادة ١١٧٥ [المهايئة لا تجري في المثليات بل في القيميات التي ينتفع بها حال بقاء عينها] وتجري في المثلي الذي ينتفع به حال بقاء عينه «راجع المادة ١١١٩»

مادة ١١٧٦ [المهايئة نوعان النوع الاول المهايئة زماناً] كالمهايئة في الدابة الواحدة [كما لو تهايأ اثنان على ان يزرعا الارض المشتركة بينهما هذا سنةً وهذا سنةً اخرى وعلى السكنى في الدار مناوبةً هذا سنةً وهذا سنةً . النوع الثاني المهايئة مكاناً كما لو تهايأ اثنان في الاراضي المشتركة بينهما على ان يزرع احد نصفها والآخر نصفها الآخر او في الدار المشتركة على ان يسكن احدهما في طرفها والآخر في طرفها الآخر او احدهما في فوقانيها والآخر في تحتانيها او في الدارين المشتركتين على ان يسكن احدهما الواحدة الآخر والاخرى]

المهايئة المكانية اعدل لأن الشركاء ينتفعوا في وقت واحد والمهايئة الزمانية اكمل لأن كل شريك ينتفع فيها بكامل الملك واذا اختلف الشركاء حيث طلب بعضهم المهايئة المكانية

وطلب الآخرون المهايئة الزمانية يجبروا على اجراء المهايئة الزمانية والمدة ترجع لرأي الحاكم ٠ كما افتى بذلك المرحوم محمود افندي الحمزاوي مفتي دمشق ٠

مادة ١١٧٧ [كما تجوز المهايئة في الحيوان المشترك على استعماله بالمناوبة كذلك يجوز ايضاً في الحيوانين المشتركين على ان يستعمل احدهما هذا والآخر الآخر] ٠

عند الامامين اما الامام الاعظم فقد قال بجريانها رضاءً لا قضاءً لأن الركوب يختلف بأختلاف الراكبين ٠ وفي الهندية لا يجوز استغلال الحيوان بعد المهايئة لان الأستغلال يوهن قوته خلافاً للعقار ٠ وفي رد المحتار تجوز المهايئة بأستغلال الحيوان اذا كان اكثر من واحد للتساوي ٠ واذا تلف الحيوان في يد الشريك اثناء نوبته لايضمن منه شيئاً (هنديه)٠ وفي رد المحتار تجوز المهايئة بالثوبين عند الامامين ولا تجوز عند الامام لأن المنفعة في الثوب تختلف بأختلاف المستعملين ويفهم من هذه المادة انها اخذت بقول الامامين بالمهايئة وبقول الأمام بالاستغلال ولواخذت بقولها بالأمرين لكان ايسر لدفع الحاجة ٠

مادة ١١٧٨ [المهايئة زماناً نوع مبادلة فتكون منفعة احد اصحاب الحصص في نوبته مبادلة بمنفعة حصة الآخر في نوبته وبهذه الجهة تكون المهايئة زماناً بحكم الاجارة بناءً على ذلك ذكر المدة وتعيينها في المهايئة مثلاً كذا يوماً وكذا شهراً لازم]

مادة ١١٧٩ [المهايئة مكاناً نوع افراز فالشريكان في دار مثلاً منفعتها شائعة يعني حالة كونها شاملة لكل جزء من اجزائها فالمهايئة تجمع منفعة احدهما في قطعة من تلك الدار ومنفعة الآخر في قطعة اخرى فلا يلزم ذكر المدة وتعيينها في المهايئة مكاناً] ولكل من الشريكين ايجار حصته لشريكه ولغيره لان المنفعة المستوفاة من الحجرة مساوية لما يستوفي من الحجر الأُخر من المنافع ٠

مادة ١١٨٠ [كما انه ينبغي اجراء القرعة في المهايئة زماناً لاجل البدأ يعني

اي اصحاب الحصص ينتفع اولاً كذلك في المهايئة مكاناً ينبغي تعيين المحل بالقرعة ايضاً] .

مادة ١١٨١ [اذا طلب المهايئة احد اصحاب الاشياء المشتركة المتعددة وامتنع الآخر فأن كانت الاعيان المشتركة متفقة المنفعة فالمهايئة جبرية وان كانت مختلفة المنفعة فلا جبر مثلاً . داران مشتركتان طلب احد الشريكين المهايئة على ان يسكن احداهما والأخرى للآخر او حيوانان على ان يستعمل احدهما واحداً والآخر الآخر وامتنع شريكه فالمهايئة جبرية اما لو طلب احدهما المهايئة على سكنى الدار وللآخر ايجار الحمام او على سكنى احداهما في الدار وزراعة آخر الاراضي فالمهايئة بالتراضي وان تكن جائزة الا انه اذا امتنع الآخر فلا يجبر عليها] قياساً على قسمة متحد الجنس ومختلفه .

مادة ١١٨٢ [اذا طلب القسمة احد اصحاب المال المشترك القابل للقسمة والآخر المهايئة فتقبل دعوى القسمة ولو لم يطلب القسمة احدهما وطلب المهايئة واحد وامتنع الآخر يجبر على المهايئة] .

مادة ١١٨٣ [اذا طلب المهايئة احد الشريكين في العين المشتركة التي لا تقبل القسمة وامتنع الاخر فيجبر على المهايئة] .

مادة ١١٨٤ [كل ما تنتفع العامة بأجرته من العقارات المشتركة كالسفينة والطاحون والقهوة والحمام يؤجر لأربابه وتقسم اجرته بين اصحاب الحصص على قدر حصتهم وان امتنع احد اصحاب الحصص عن الأيجار يجبر على المهايئة لكن اذا زادت غلتها اي اجرتها في نوبة احدهم فتقسم تلك الزيادة بين اصحاب الحصص]

مادة ١١٨٥ [كما يجوز لكل واحد من ارباب الحصص بعد المهايئة زماناً ومكاناً ان يستعمل العقار المشترك في نوبته او القطعة التي اصابت حصته بالذات يجوز له ان يؤجر ذلك لآخر ويأخذ الاجرة لنفسه] ٠

وكذلك الحكم في العقارات المتعددة لان المنافع الحاصلة بعد المهايئة تحصل في نوبة صاحبها لا في نوبة الشريك ٠

مادة ١١٨٦ [بعد أن حصلت المهايئة على استيفاء المنافع اذا آجر اصحاب الحصص في نوبتهم وكانت غلة احدهم في نوبته اكثر فليس لبقية الشركاء مشاركته في الزيادة اما اذا كانت على الاستغلال من اول الأمر مثلاً اذا تهايأوا على اخذ واحد جهة الدار المشتركة شهراً والآخر شهراً فالزيادة مشتركة لكن اذا حصلت المهايئة على ان يأخذ الواحد غلة هذه الدار والآخر غلة الدار الأخرى وكانت غلة احدى الدارين اكثر فلا يشاركه الآخر]

وجه الفقرة الاولى ان المنافع حقوق معنوية لا توصف في حد ذاتها بالزيادة والنقص والزيادة العارضة قد حصلت في بدل مقابل للمنفعة على طريقة التجارة بمهارة العاقد والبدل مال جديد غير ما وقع التهايؤ عليه ٠

ووجه الفقرة الثانية ان المهايئة وقعت على البدل الذي هو مال مادي تعرض له الزيادة والنقص فتتوقف المعادلة على قسمتها ٠

مادة ١١٨٧ [لا تجوز المهايئة على الاعيان فلا تصح المهايئة على ثمرة الأشجار المشتركة ولا على لبن الحيوانات وصوفها على ان يكون لاحد الشريكين ثمرة مقدار من هذه الاشجار والآخر ثمرة مقدار منها او على لبن قطيع من الغنم المشترك وصوفه لواحد ولبن قطيع آخر وصوفه للآخر] ٠

ولاجل التمكن من ذلك يبيع احد الشريكين حصته في العين المشتركة سنة لشريكه فينتفع بها تماماً ثم يشتري كامل العين منه فينتفع بها سنة اخرى ٠

مادة ١١٨٨ [وان جاز فسخ المهايئة الحاصله بالتراضي لاحد الشريكين] قبل ان يستفيد من المهايئة [لكن اذا آجر احدهما في نوبته لآخر فلا يجوز لشريكه فسخ المهايئة مالم تنقض مدة الاجارة]

مادة ١١٨٩ [وان لم يجز لاحد من ارباب الحصص ان يفسخ المهايئة الجارية بحكم الحاكم فلكلهم فسخها بالتراضي].

مادة ١١٩٠ اذا اراد احد اصحاب الحصص ان يبيع حصة او يقسمها فله فسخ المهايئة] الوقعة بحكم الحاكم [اما لو اراد فسخها ليعيد المال المشترك الى حاله القديم بلا سبب فالحاكم لا يساعده على ذلك] اما المهايئة الرضائية فتنفسخ بعذر و بدونه .

مادة ١١٩١ [لا تبطل المهايئة بموت احد اصحاب الحصص او كلهم]

وذلك لاننا اذا اعتبرناها بيعاً فتبدل المالك لا يؤثر على تمامه وان اعتبرناها اقراراً فالحاجة التي اوجبت اجراءها بحق المورث باقية بحق الوارث واذا جوز فسخها فتستأنف بعين السبب ولا فائدة من الفسخ .

لاحقه : ان قانون تقسيم الاموال المشتركة الغير المنقولة اوجب على الحاكم ان يقسم العقار المشترك بين الشريكين اذا كان قابلا للقسمة او بيعه بالمزاد العلني وتقسيم ثمنه بين الشركاء بطلب احدهم اذا كان غير قابل للقسمة ولهذا فأن المهايئة في العقار اصبحت منسوخة .

﴿ الباب الثالث ﴾

« في بيان المسائل المتعلقة بالحيطان والجيران »

(ويشتمل على اربعة فصول)

﴿ الفصل الاول ﴾

(في بيان بعض قواعد في احكام الاملاك)

مادة ١١٩٢ [كل يتصرف في ملكه كيف شاء لكن اذا تعلق حق الغير به فيمنع المالك من تصرفه على وجه الاستغلال]

لذلك فالمالك له ان يبيع ملكه وان يؤجره و يرهنه و يهبه و يعيره و يهدمه و يعمره و كذلك الحكم بالعقار المتصرف فيه بطريق الاجارتين وفي الأراضي الأميرية يتحتم على المتصرف بها اذا باع الكروم الملك القائمة فيها الى احد ان يفرغ عن مشد مسكته في الارض الى مشتري الكروم دون سواه وليس له ايضاً ان يبيع الاجانب الغير مأذونين بالشراء اصحاب البروتوقول .[1]

اما اذا كان تصرف المالك مضراً بغيره يمنع كتصرف الراهن في المرهون به بدون اذن المرتهن وكذا المؤجر ليس له التصرف في المأجور بدون اذن المستأجر .

[مثلاً سفل ملك لواحدٍ وفوقانيه لآخر فلصاحب الفوقاني حق القرار في التحتاني ولصاحب التحتاني حق السقف في الفوقاني يعني بتستيره من الشمس و بتحفظه من المطر فليس لاحدهما ان يفعل شيئاً مضراً الا بأذن الآخر ولا ان يهدم بناء نفسه] .

---

(١) اي البروتوقول المدرج في الجلد الاول من الدستور القديم وهو الذي اعطى بعض الأجانب حق التصرف في العقارات في البلاد العثمانية دون البعض الآخرين ما عدا البلاد الحجازية . وهذا البروتوقول اصبح منسوخ الحكم في زماننا .

مادة ١١٩٣ [اذا كان باب الفوقاني والتحتاني من الجادة واحداً فصاحبا المحلين يستعملا الباب مشتركاً ولا يسوغ لاحدهما ان يمنع الآخر من الدخول والخروج] وكذا اذا اشترى احد بيتاً من منزل لا يمنع من الدخول الى بيته من باب المنزل ٠

وكذا اذا كان الرجل مشتركاً مع اخته في دارين مدخلهما واحد فليس له منع زوجها من الدخول بداعي انه اجنبي عليه ٠

مادة ١١٩٤ [كل من ملك محلا صار مالكاً ما فوقه وما تحته ايضاً يعني يتصرف في العرصة التي هي ملكه بالبناء والعلو كما يشاء وسائر التصرفات لحفر ارضها واتخاذها مخزناً وينشئها كما يشاء عمقاً او يجعلها بئراً]

العقار بقعة من الارض المحدود بحدود اربع باعتبار سطحها من غير انتهاء لحد من جهات السفل والعلو وكل من حاز بقعة من الارض على هذا الوجه يعتبر مالكاً لها ولا يكون لغيره ولاية اخراجه من يده بدون سبب شرعي ٠

مادة ١١٩٥ [من احدث في داره بيتاً فليس له ان يبرز رفرافه على هواء دار جاره فأن ابرزه يقطع القدر الذي جاء على هواء تلك الدار]

اما اذا كان قديماً لا يقطع (فتاوى علي افندي شرح المادة ٦) ٠

مادة ١١٩٦ [من امتدت اغصان شجر بستانه الى دار جاره او بستانه فللجار ان يكلفه تفريغ هوائه بالربط او القطع] وليس له ان يقطعها بذاته بدون امر صاحبها اواذن الحاكم واذا قطعها ينظر فأذا كان القطع من الموقع الواجب القطع منه بأذن الحاكم او بدونه لعدم وجود حاكم في المدينة يرجع على صاحب الشجرة بصرف القطع واذا وجد الحاكم في المدينة ولم يراجعه وقطع الشجرة من الموضع الذي يجب قطعه لا يرجع على جاره بصرف القطع واذا قطعها من الموقع الغير جائز قطعه يضمن قيمتها ٠

[لكن اذا ادعى الجاران ظل الشجرة مضر بمزروعات بستانه فلا تقطع الشجرة] ٠

مادة ١١٩٧ [لا يمنع احد من التصرف في ملكه ابداً الا اذا كان ضرره لغيره فاحشاً كما يأتي تفصيله في الفصل الثاني] ٠

لذلك اذا اراد صاحب العرصة ان يبني طاحوناً في عرصته لا يجوز لجاره منعه بداعي انه يورث الكساد على طاحونه ٠

وكذا ليس لاصحاب المنازل ان يمنعوا مستأجر الدكان المجاورة لمنازلهم من استئجارها بداعي ان زبائنه يرون نساءهم وهن خارجات من بيوتهن ٠ وكذا اذا اراد احد حفر بئر في ارضه فليس لجاره منعه بداعي ان بئره يقلل الماء على بئره القديم ٠

***

الفصل الثاني

(في حق المعاملات الجوارية)

مادة ١١٩٨ [كل واحد له التعلي على حائطه الملك و بناء ما يريد وليس لجاره منعه مالم يكن ضرره فاحشاً] ٠ لذلك فلصاحب الحائط ان يرفع حائطه مهما اراد وان يفتح فيه من الكوات ما شاء وليس لجاره ان يمنعه ولا ان يصالحه على مال لابقاء تلك الكوات واذا تصالحا على مال فالصلح باطل ولجاره رفع جدار امام تلك الكوات الحادثة وليس له منعه (فتح القدير) ٠ وكذا اذا كانت مياه دار احد تسقط من القديم على سقف جاره واراد هذا الجار رفع سقفه والركوب عليه فله ذلك بشرط ان لا يجعل خللا في انصباب مياه دار جاره القديمة ٠

مادة ١١٩٩ [الضرر الفاحش هو كل ما يمنع الحوائج الاصلية يعني المنفعة الأصلية المقصودة من البناء كالسكنى او يضر بالبناء او يجلب له وهناً و يكون سبب انهدامه]

تبحث هذه المادة عن ثلاثة مسائل الأولى منها ما يوهن البناء كأحداث جورة جانب حائط الجار لوضع الاوساخ وترسب المياه فيها وحدوث الوهن في بناء الجار بسببها ودق الثياب في

الدكان دقاً شديداً يوهن البناء وترشح الماء من الخرق الذي فتح في ملك صاحبه الى جدار جاره لكن اذا لم يتقدم المتضرر الى جاره و يطلب منه الكف عن هذا التعدي وتهدمت جدرانه فليس له تضمين جاره لانه متسبب غير متعمد وغير متعد · والثانية التسبب لانهدام البناء كمن وضع في ملكه جانب حائط جاره تراباً واحجاراً كثيرة وتخرب حائط جاره بهذا السبب يضمنه وكذا اذا اتخذ رجل احدى غرف داره اصطبلاً ووضع فيها دوابه وتهدم حائط جاره بسببه ينظر فاذا كانت رؤس الدواب لجهة الحائط لا يضمن واذا كانت ارجلها لجهة الحائط يضمن والثالثة وهي ما تمنع الاحتياجات الاصلية المقصودة من البناء كجعل خلل بدوران الطاحون وقطع هوائها واضرار المصلين في الجامع وفساد ماء بئر الجار ·

مادة ١٢٠٠ [يدفع الضرر الفاحش بأي وجه كان مثلاً لو اتخذ في اتصال دار دكان حداد او طاحون فمن طرق الحديد ودوران الطاحون يحصل وهن بالبناء او باحداث فرن او معصرة لا يستطيع صاحب الدار السكنى فيها لتأذيه من الدخان ورائحة المعصرة فهذا كله ضرر فاحش يدفع و يزال بأي وجه كان]

وكذا لو اتخذ الجار في اتصال دار جاره مطبخاً او حماماً وكان دخانه يضر ضرراً شديداً بجاره او اتخذ مسلخاً جانب الجامع وصار يضر بالمصلين ضرراً فاحشاً او اتخذ الدباغة في داره وصار يضر بجواره متمادياً او ربط دواباً في بنائه العلوي وصار يضر بصاحب البناء السفلي يمنع ·

[وكذا لو كان لرجل عرصة متصلة بدار آخر فشق فيها نهراً الى طاحونه وجري الماء يوهن جدار الدار او اتخذ احد في اساس جدار جاره مزبلة والقاء القمامة يضر الجدار فلصاحب الجدار تكليفه برفع ضرره كما لو احدث رجل بناء مرتفعاً في قرب بيدر آخر وسد مهب ريحه فانه يكلفه رفعه للضرر الفاحش· كذلك لو احدث رجل دكان طباخ في سوق البزازين وكان الدخان يضر بأمتعة الجار ضرراً فاحشاً فانه يكلفه رفع ضرره وكذلك اذا كان لرجل سياق في داره فانشق وتضرر جاره

من جري مائه ضرراً فاحشاً فبناءً على دعواه يلزم تعمير ذلك السياق واصلاحه]

مادة ١٢٠١ [منع المنافع التي ليست من الحوائج الاصلية كسد الهواء والنظارة ومنع دخول الشمس ليس بضرر فاحش لكن سد الضياء بالكلية ضرر فاحش فاذا احدث رجل بناءً فسد بسببه شباك بيت جاره وصار بحال لا يقدر على القرائة معها من الظلمة فله ان يكلفه رفعه للضرر الفاحش ولا يقال بأن الضياء من الباب كاف لأن باب البيت يحتاج الى غلقه للبرد وغيره من الاسباب وان كان لهذا المحل شباكان فسد احدهما باحداث ذلك البناء فلا يعد ضرراً فاحشاً] .

يفهم من هذه المادة بأن الضرر لا يزال الا اذا كان فاحشاً ولا يقال بأن الحديث العالي امر بأزالة الضرر مطلقاً لانه حديث عام الا ترى ان الانسان اذا عمل بداره طعاماً وكان جيرانه فقراء يشمون الرائحة و يشتهون لا يمنع صاحب الطعام من اعماله لانه حر بالتصرف في داره . واعلم بأن النظارة ليست من الحوائج الاصلية فسدها لا تكون من الضرر الفاحش اما الشمس والهواء اذا حجبت تماماً تكون مخلة بالمنافع ومؤثرة على الصحة وحبذا لو اخذت به المجلة .

مادة ١٢٠٢ [رؤية المحل الذي هو مقر للنساء كصحن الدار والمطبخ والبئر تعد ضرراً فاحشاً فاذا احدث رجل في داره شباكاً او بناءً مجدداً وجعل له شباكاً مطلاً على المحل الذي هو مقر نساء جاره الملاصق او الفاصل بينهما طريق فأنه يؤمر برفع الضرر و يصير ذلك الرجل مجبوراً على رفع هذا الضرر بصورة تمنع وقوع النظر اما ببناء حائط او وضع طبلة لكن لا يجبر على سد الشباك بالكلية كما اذا عمل ساتراً من الاغصان التي يرى من بينها مقر نساء جاره فأنه يؤمر لسد محلات النظر ولا يجبر على هدمه و بناء حائط محله راجع المادة ٢٢]

لان الامكنة المعدة للأشغال البيتية تحتاج فيها النساء لاظهار مالا يجوز الاطلاع عليه من اعضاء الجسم فتكون النوافذ المطلة على تلك الاماكن من الضرر الفاحش .

مادة ١٢٠٣ [اذا كان لواحد شباك فوق قامة الانسان فليس لجارة ان يكلفه سده لاحتمال انه يضع سلماً و ينظر الى مقر نساء ذلك الجار راجع مادة ٧٤]

لان التوهم الذي لا يستند الى دليل ظني راجح في الدلالة على وقوع مدلوله لا يبنى عليه حكم نظير ما قالوه في الخارج من الدار الذي يحمل سكيناً ملطخة بالدم لا يجازي بجريمة قتل المقتول الذي وجد في تلك الدار لامكان فرار القاتل من فوق الحائط واخذ الخارج السكين ليسلمها للقوة الاجرائية .

مادة ١٢٠٤ [لا تعد الجنينة مقراً للنساء فأذا كان لرجل دار لا يرى منهامقر نساء جاره لكن ترى جنينته فليس له ان يكلفه منع نظارته من تلك الجنينة بمجرد خروج نسائه في بعض الاحيان اليها]

لان الجنينة ليست محلاً للأعمال التي تضطر فيها النساء لاظهار مالا يجوز لغير المحارم نظره والتستر داخل الجنينة لا يمنع الفوائد المقصودة منها .

واذا انشأ في الجنينة داراً وجعلها مقراً لنسائه فليس له منع نوافذ جاره لان بنائه حادث ونوافذ جاره قديمة .

مادة ١٢٠٥ [اذا كان لرجل شجرة فاكهة في جنينة وفي صعوده اليها يشرف على مقر نساء جاره فيلزمه عند صعوده اعطاء النساء الخبر لاجل التستر فأن لم يخبر يمنعه الحاكم من الصعود بلا اخبار] .

مادة ١٢٠٦ [اذا اقتسم اثنان داراً مشتركة بينهما كأن يرى من الحصة التي اصابت احداهما مقر نساء الآخر يؤمران باتخاذ سترة مشتركة بينهما] .

مادة ١٢٠٧ [رجل يتصرف في ملكه تصرفاً مشروعاً فجاء آخر واحدث عنده بناءً فأن كان هذا المحدث متضرراً فعليه رفع الضرر مثلاً اذا كان لدار قديمةشباك مشرف على مقر نساء دار محدثة فيلزم صاحب الدار المحدثة ان يدفع

هو مضرته وليس له صلاحية ان يدعي على صاحب الدار القديمة · كما لو أحدث شخص داراً في عرصته المتصلة بدكان حداد فليس له ان يعطل دكان الحداد بقوله انه يحصل لداره ضرر فاحش من طرق الحداد · وكذا اذا احدث رجل داراً بالقرب من بيدر قديم فليس له ان يمنع صاحب البيدر من التذرية قائلاً ان غبار البيدر يجيء على داري] ·

اي ان الضرر الفاحش الواجبة ازالته يجب ان يكون معتبراً وقت الأحداث في الحال بصرف النظر عما يمكن ان يحدث في مثله في الأستقبال فالدار المشرفة نوافذها على البستان لا يحصل من الاشراف ضرر على صاحب البستان في الحال ولا يقال بأن صاحب البستان ربما احدث داراً في بستانه فتطل نوافذ جاره على مقر نسائه ·

مادة ١٢٠٨ [اذا كانت شبابيك منزل قديم مشرفة على عرصة خالية فاحترق هذا المنزل ثم احدث صاحب العرصة فيها داراً وبعده اعاد صاحب المنزل منزله على وصفه القديم فصارت شبابيكه مشرفة على مقر النساء من الدار المحدثة فصاحب هذه الدار هو يرفع المضرة عنه وليس له ان يقول لصاحب المنزل امنع نظر منزلك]

مادة ١٢٠٩ [اذا أحدث شخص شبابيك في داره يمنع اشرافها على مقر نساء جاره بناء مرتفع لذلك الجار فهدم الجار هذا البناء المرتفع] او تهدم البناء [وصارت الشبابيك مشرفة على مقر نساء الجار فليس له ان يقول للشخص سد الشبابيك بمجرد كون الشبابيك محدثة بل يلزم الجار ان يدفع هو مضرته] ·

وكذا اذا هدم الجدار الفاصل بين منزلين وصارت نوافذ كلاً منهما تطل على الآخر فأذا كانت ارض الجدار الفاصل بين المنزلين قابلة للقسمة تقسم ويجب على المتضرر ان يبني حائطاً في مقسمه وليس له اجبار صاحب المنزل الآخر على البناء اما اذا كانت ارض الجدار لا تقبل القسمة فيجبر الجار على تعمير الجدار مشتركاً مع جاره (خانيه) ·

« م ١٠ »

مادة ١٢١٠ [احد شريكي الحائط] المشترك [ليس له ان يعليه ولا ان يركب عليه بقصر ولا بغيره بدون اذن الآخر سواء كان ما يفعله مضراً بالآخر او لا]

واذا كان الحائط ذو طاقين وهدمه احد اصحابه من جهته واخذ سماكته وترك لجاره الطاق الثاني ينظر فاذا كانا مقرين بشركتهما بالحائطين يجبر المتجاوز على الحائط لارجاعه الى ما كان عليه واذا كانا متفقين على اختصاص كل منهما بحائط دون الآخر فلكل منهما التصرف في حائطه كيفما شاء .

[لكن اذا اراد احدهما بناء بيت في عرصته فله ان يضع رؤس جذوعه لكن ان وضع عشر اخشاب كان لشريكه ايضاً حق ان يضع قدرها . وانما يضع نصف ما يتحمل الحائط من الأخشاب وليس له ان يتجاوزها وان كان على ذلك الحائط ركوب لهما على التساوي واراد احدهما ان يزيد في اخشابه فللآخر منعه] .

واذا كان الحائط مشتركاً وكان لأحد الشريكين جذوعاً عليه من القديم فللشريك الآخر وضع جذوع بعدد جذوع شريكه عليه اذا كان متحملاً والا فلا لأن الحائط يعمر لاجل وضع الجذوع والركوب عليه .

مادة ١٢١١ [ليس لأحد الشريكين في الحائط المشترك ان يحول محل اخشابه التي على الحائط يميناً او شمالاً ولا من اسفل الى اعلى اما اذا كانت رؤس اخشابه عالية واراد تسفيلها فله ذلك] .

واذا كانت اخشابه ليست على مستوٍ واحد فله رفع الواطي منها الى حزاء العالي اذا كان رفعه لا يضر بالحائط والا فلا . اما اذا اراد تنزيل الاخشاب العالية الى مساحة ارتفاع الجذوع الواطية فله ذلك لأن تركيب الجذوع على الحائط في الاسفل انفع الى الحائط .

مادة ١٢١٢ [اذا كان لشخص بئر ماءٍ حلوٍ واراد جاره ان يبني في قربه كنيفاً او سياقاً مالحاً وكان ذلك يفسد ماء البئر فأن ضرره يدفع وان كان ضرره

لا يقبل الدفع بوجه فذلك الكنيف او السياق يردم. كذلك اذا كان طريق ماء حلو فبنى آخر عنده سياقا مالحا وقذره يضر بالماء الحلو ضررا فاحشا ولم يمكن دفع ضرره الا بالردم فأنه يردم]

***

﴿ الفصل الثالث ﴾

(في الطريق)

مادة ١٢١٣ [اذا كان على طرفي الطريق] العام [لأحدٍ داران فأراد انشاء جسر من واحدة الى اخرى يمنع] وكذلك يمنع من احداث الشرفة والقاء ماء المالح على الطريق العام ولكل من المارة منعه لان الطريق العام هو لأجل مرور سائر الناس فليس لاحدٍ التجاوز عليه ولا يشترط ان يكون طالب المنع غير متجاوز على الطريق في الأصل ولا يقال بأن المتجاوز اسقط حقه من طلب منع غيره بتجاوزه وكذا وضع الفروش والبسطات من الباعة في الطرق العامة متفرع من هذه المادة اي يمنع قبل الوضع ولا يرفع بعد الوضع الا اذا كان مضرا [ولا يهدم بعد انشائه ان لم يكن فيه ضرر على المارين] عند محمد وليس لاحد المارة ان يصالح المتجاوز على تجاوزه على الطريق لانه لم يكن ذا حق شخصي ليصالح عليه. ويفهم من هذه المادة ان التجاوز يدفع ولا يمنع لان الهدم بعد الانشاء اشد ضررا من التصرف في حق العامة بوجه غير مضر بهم وقال ابو حنيفة لكل واحد من العامة صلاحية منع الانشاء وصلاحية طلب الهدم بعد الانشاء وحجته ان التصرف في حق الغير بغير رضاه ينقض ولو لم يحدث ضررا بالغير.

[لكن لا يكون لأحد حق القرار في البروز على الطريق العام فأذا انهدم الجسر المبني على الطريق العام على الوجه المسطور فاراد صاحبه اعادته يمنع].

واذا كان الجسر مبنياً على الطريق الخاص وهدم فلصاحبه اعادته اذا كان قديماً والا فلا ٠

مادة ١٢١٤ [ترفع الاشياء المضرة للمارين ضرراً فأحشاً ولو قديمة كالغرفة والبروز على الطريق العـام الواطئين]

اي ما يكون دانياً منها حيث يشغل ما تحتاج اليه المارة من الهواء وقت المرور فيكون تصرفا في حقوقهم مع حاجتهم اليها والمسئلة مقيدة بما لم يشغل جميع هواء الطريق لان الغرفة والبروز الذين يشغلان جميع هواء الطريق يرفعان ولو كانا عاليان ٠

مادة ١٢١٥ [اذا اراد احد وضع الطين في الطريق لاجل تعمير داره فله وضعه في طرف منه وصرفه سريعاً الى بنائه بشرط عدم ضرر المارين] ٠

ولا فرق في ذلك بين الطريق الخاص والطريق العام والطريق النافذ وغيرالنافذ خصوصاً في زماننا واحتياج الناس لذلك حاجة ضرورية تماثل حق المرور وليس لصاحب الدار اشغال جميع الطريق بطينه لان الضرورات تقدر بقدرها ٠

مادة ١٢١٦ [لدى الحاجة يؤخذ ملك كائن من كان بالقيمة بأمر السلطان ويلحق بالطريق لكن لا يؤخذ من يده مالم يؤدى له الثمن راجع مادتي ٢٥١ و٢٦٢] ٠ راجع ايضـاً قانون الأستملاك القديم وقانون الأستملاك الجديد وتعديلاته ٠ ويشترط في الاستملاك على الاطلاق وجود المنفعة العامة والضرورة وهذا الفرع معروف بين الفقهاء في الاخذ من المسجد بقيد (اذا ضاق) ٠

مادة ١٢١٧ [يجوز ان يأخذ شخص فضلة الطريق] العام [من جانب الميري بثمن مثلها ويلحقها بداره حال عدم المضرة للمارين]

لأن ما يكون من الطريق غير محتاج اليه للمرور فثمنه لبيت المال خير منه ٠

اما الطريق الخاص فهو ملك اصحابه فلا يدخل تحت حكم ولي الامر ولا تحت حكم اصحابه لانه ليس لهم استعماله بغير ما وضع له سواء كان عملهم مضراً او غير مضر ٠

مادة ١٢١٨ [يجوز لكل احد ان يفتح باباً مجدداً الى الطريق العام] ولا يحتاج بذلك الى استئذان العامة لتعذر الاستئذان منهم ·

مادة ١٢١٩ [لا يجوز لمن لم يكن له حق المرور في طريق خاص ان يفتح اليه باباً] لأن فتح الباب دليل على نية المرور ولأن فتح الباب في الطريق الخاص موجب لملكية صاحب الباب حصة في الطريق بغير حق شرعي وموجب ايضاً للادعاء بالشفعة بسبب حق الطريق لمن ليس له حق في الأصل وتقدمه على الجار الملاصق وهذا لا يجوز ·

مادة ١٢٢٠ [الطريق الخاص هو كالملك المشترك لمن لهم فيه حق المرور فلا يجوز لأحد من اصحاب الطريق الخاص ان يحدث فيه شيئاً سواء كان مضراً او غير مضر الا بأذن سائر اصحابه]

لان الطريق الخاص من جملة السكنى فيجري فيه ما يجرى بالسكنى وليس لأحد ان يستوفي منفعة لا يستحقها منه ·

وفي فتاوى علي افندي ليس لأحد اصحاب الطريق الخاص غير النافذ ولا لغير اصحابه ان يهدم جانباً من داره و يوصل الطريق الخاص بالطريق العام بدون رضاء اصحابه ·

ويجوز لاحد الشركاء ان يبني جسراً عالياً بين داريه الواقعين في الطريق الخاص بأذن جميع الشركاء الموجودين حين الأذن و بعده ولهم الرجوع في اذنهم واباحتهم متى شاؤا وليس لأحدهم بيع قسم من الطريق الخاص ولو بأذن الباقين لأن ذلك يعد استقلالاً بالملك المشترك في غير مواضع الضرورة فلا بد لذلك من صريح الأذن ·

مادة ١٢٢١ [ليس لاحد اصحاب الطريق الخاص ان يجعل ميزاب داره التي بناها مجدداً الى ذلك الطريق الا بأذن سائر اصحابه]

سواء كان الميزاب مضراً او غير مضر لان اصل الدار المحدثة عرصة ولا حق للعرصة في الاسالة مع باقي الشركاء في الطريق · اما اذا كانت داره قديمة وهدمت او حرقت واراد اعادتها الى شكلها القديم فلا يمنع ·

مادة ١٢٢٢ [اذا سد احد بابه الذى هو الى الطريق الخاص فلا يسقط حق مروره لسده اياه فيجوز له ولمن اشترى منه ان يفتحه ثانياً] ٠

واذا اراد فتح بابه القديم في الطريق الخاص وانكر عليه اصحاب الطريق حقه فله اثباته بالبينة واذا عجز عنها يحلف اصحاب الطريق واحداً بعد واحد ما عدى الصغير ومتولي الوقف ومتى حلف احدهم امتنع تحليف الباقين لعدم وجود فائدة من تحليفهم لأن الشريك الذي حلف له وحده منع المدعي من فتح الباب (تنقيح) ٠

مادة ١٢٢٣ [للمارين في الطريق العام حق الدخول في الطريق الخاص عند الأزدحام فلا يسوغ لاصحاب الطريق الخاص ان يبيعوه ولو اتفقوا ولا يسوغ لهم ان يقسموه بينهم ولا يجوز ان يسدوا فمه] ولو كان هذا الطريق لشخصٍ واحد وهذا خلافاً لما ورد في المادة ١١٤٣ من المجلة لان الطريق الخاص المبحوث عنه بتلك المادة هو الطريق الذي افرزه اصحابه من عرصتهم وعمروا بباقيها دوراً فلهم التصرف فيه كيفما شاؤا وارادوا ٠

***

﴿ الفصل الرابع ﴾

(في بيان المرور والمجرى والمسيل)

مادة ١٢٢٤ [يعتبر القدم في حق المرور وحق المجرى وحق المسيل يعني تترك هذه الاشياء وتبقى على وجهها القديم الذي كانت عليه لأن الشيء القديم يبقى على حاله على حكم المادة ٦ ولا يعتبر الى ان يقوم الدليل على خلافه] لغلبة الظن بالمسلمين اما اذا ثبت حدوثه يعتبر حادثًا واذا ثبت قدمه وحدوثه ببرهانين يرجح الحدوث « مجلة ١٧٦٨ » بناءً عليه اذا كان لدكان موقوفة طريق من ارض عرصة موقوفةً فليس لصاحب العرصة منع صاحب الدكان من المرور في طريقه القديم (خيريه) ٠ وكذلك الحكم بالطريق

الواقع في عرصة مملوكة الى دكان مملوكة يعتبر قديمًا مالم يثبت حدوثه . وفي الفتاوى الجديدة اذا كانت مياه دار احد تمر من القديم في الطريق العام ببواري رصاصية فليس لأصحاب الطريق منعه منها. وفي الفيضية اذا كانت مياه دار احد تمر بطريق ماء جاره ودمنته من القديم فليس له منعه . وكذا الحكم بالمسيل فلو كان ماء مالح دار احد يجري من عرصة جاره منذ القديم فليس له بعد ذلك منعه . وكذا النهر يعتبر في ملك الذي يصب ماؤه في ارضه لا في ملك من مر من ارضه واذا اختلف اثنان على ملكية النهر وكان ماراً بأرض احدهما ويصب بأرض الآخر فاذا كان الماء جارياً وقت الاختلاف فالقول قول الذي يصب الماء في ارضه والبينة للآخر واذا كان الماء غير جار وقت النزاع ينظر فاذا كان المدعي يدعي ملكية رقبة النهر يكلف لاثبات دعواه واذا كان يدعي حق اسالة الماء يكلف لاثبات ما يدعيه فقط واذا عجز عن الاثبات يحلف صاحب الارض الا اذا كانت المياه جارية عند الدعوى فالقول قول المدعي ايضاً . اما وجود الخرق في ارض المدعي لا يكفي لاثبات ملكيته للماء .

[اما القديم المخالف للشرع فلا اعتبار له يعني اذا كان الشيء المعمول غير مشروع في الاصل فلا اعتبار له وان كان قديماً ويزال اذا كان فيه ضرر فاحش «راجع مادة ٢٧» مثلاً اذا كان لدار مسيل قذر في الطريق العام ولو من القديم وكان به ضرر للمارة فأن ضرره يرفع ولا اعتبار لقدمه]

لأن القدم وهو الذي لا يقف ابناء الجيل الحاضر على سبب ثبوته ليس من الحجج المثبتة وانما يصلح حجة لابقاء مثل هذه الحقوق على حالها القديم الى ظهور دليل بخلافه سواء من جهة اصولها او من جهة مقادير الحصص فيها بين الشركاء .

مادة ١٢٢٥ [اذا كان لأحد حق المرور في عرصة آخر فليس لصاحب العرصة ان يمنعه من المرور والعبور] .

ولا بد للوقوف على هذه المادة من معرفة امرين هما حق المرور وملكية رقبة الطريق فأذا اثبت صاحب المرور حصته برقبة الطريق ومروره منه بالبينة حكم له بالامرين ولا تكفي الشهادة

على مجرد مروره من الطريق لأن الشهادة على اليد المنقضية لا تقبل (عند الطرفين) اما اذا اقر له صاحب العرصة بمروره منها يعمل بأقراره ولا يجعل باب المدعي الموجود في عرصة المدعى عليه سبباً كافياً للحكم بحق مروره ٠

مادة ١٢٢٦ [للمبيح صلاحية ان يرجع عن اباحته والضرر لا يكون لازماً بالأذن والرضى فأذا لم يكن لواحد حق المرور في عرصة آخر ومر فيها بمجرد اذن صاحبها مدة فلصاحبها بعد ذلك ان يمنعه من المرور ان شاء]

وكذا اذا اجاز الجار لجاره وضع رؤس جذوعه على جداره فله بعد ذلك ولمشتري هذه الدار منه الرجوع عن هذه الاباحة ورفع الجذوع ٠

مادة ١٢٧٥ [اذا كان لواحد حق المرور] بدون ملكية رقبة الطريق [في ممر معين في عرصة آخر فأحدث صاحب العرصة بناءً على هذا الممر بأذن صاحب حق المرور فقد سقط حق مروره ولم يبق له حق الخصام مع صاحب العرصة « راجع المادة ٥١ »

وكذا اذا قال ابطلت واسقطت حقي من المرور يسقط ٠ وكذا اسقاط حق المسيل وحق المجرى ينطبق على حكم هذه المادة اما اذا كان صاحب المرور مالكاً لرقبة الطريق فلا يسقط حقه بمجرد الاسقاط ولا بالاباحة بالتعمير وله حق الرجوع عن اباحته كما مر في المادة السابقة ٠ وكذا من احيا ارضاً مواتاً بأذن السلطان بشروطها الشرعية وتركها فلا يسقط حقه بتركها ٠ وكذا اذا ترك ارضه المملوكة مدةً بدون زراعة لا تخرج من ملكه واذا استعملها غيره لا يثبت له حق احيائها ٠

وكذا اذا كان احد مالكاً لرقبة الطريق او لرقبة المسيل الموجود في ملك الآخر وعمر هذا الآخر على الطريق والمسيل بناءً بأذن صاحبه فيكون ذلك اما اجارة واما عارية ولا يخرج عن حكمها « راجع المادتين ٥٣١ و ٨٣١ » ٠

مادة ١٢٢٨ [اذا كان لواحد جدول او سياق ماء في عرصة آخر] اوفي ملك وقف

جاريًا من القديم فليس لصاحب العرصة] او لجهة الوقف [منعه قائلاً له لا ادعه يجري فيما بعد وعند احتياجها الى الأصلاح والتعمير يدخل صاحبها في المجرى والجدول ويعمرها ان امكن واذا لم يمكن امر التعمير الا بالدخول في العرصة فصاحبها يأذن له بالدخول فأن لم يأذن يجبر من طرف الحاكم اي بقوله له اما ان تأذن بدخول العرصة واما ان تعمر انت] وكذا اذا عمر صاحب العرصة ابنية في عرصته لا يمكنه ان يتجاوز الجداول والسياقات القديمة الموجودة فيها ولا ان يغير شكلها القديم .

مادة ١٢٢٩ [لدار مسيل مطر على دار الجار من القديم والى الآن فليس للجار منعه قائلاً لا ادعه يسيل بعد ذلك] .

وكذالك رجل يملك داراً عامرة وداراً خربة يلقي المياه والثلج من االقديم في الدار الخربة آخر يبقى القديم على قدمه ما لم يكن القاء ماء المطر والمسيل والثلج حادثًا .

مادة ١٢٣٠ [دور في طريق لها ميازيب من القديم منصبة على ذلك الطريق ومنه تمتد الى عرصة واقعة في اسفله جارية من القديم ليس لصاحب العرصة سد ذلك المسيل القديم فأن سد يرفع السد من طرف الحاكم ويعاد الى وضعه القديم]

مادة ١٢٣١ [ليس لأحد ان يجري مسيل محله المحدث الى دار آخر] .

مادة ١٢٣٢ [حق مسيل لسياق مالح في دار ليس لصاحب الدار او لمشتريها اذا باعها منع جريه بل يبقى كما في السابق] .

مادة ١٢٣٣ [اذا امتلأ السياق الجاري بحق في دار آخر او انشق وحصل منه ضرر فاحش فلصاحب الدار ان يجبر صاحب السياق على دفع هذا الضرر] .

وكذا النهر الجاري في دار آخر اذا انشق وحصل منه ضرر فاحش يرفع .

﴿ الباب الرابع ﴾

(في بيان شركة الاباحة)

« ويشتمل على سبعة فصول »

﴿ الفصل الاول ﴾

(في بيان الاشياء المباحة وغير المباحة)

مادة ١٢٣٤ [الماء والكلأ والنار] واثمار اشجار الجبال غير المملوكة والصيد مباحة [والناس في هذه الاشياء الثلاثة شركاء]

هذه المادة مأخوذة من الحديث الشريف القائل بأن (المسلمون شركاء في ثلاث الماء والنار والكلأ) وقد اقتصر في هذه المادة على هذه الاشياء الثلاثة تبركاً بالحديث والا فأن المباحات هي اكثر مما ورد في هذه المادة ولا فرق بين المسلم وغير المسلم فيها والحديث وان يكن ورد خطاباً للمسلمين فلا يقال بأنه لا يشمل غيرهم .

والدليل العقلي على الشركة في هذه ان افراد الانسان متكافئون ومتساوون واقوى وسائل حياة الانسان هذه الاصول الثلاثة اما الماء فانه اصل عام في حياة سائر الاجسام والكلأ لحياة الحيوان والنار لطبخ كافة الاغذية الانسانية والحيوانية ودفء وضياء في الليل فما لم يسبق اليه حوز من احد فهو باق على اصل الشركة وما احرز يكون ملكاً لمن احرزه و يورث عنه على نحو الاملاك الخاصة وكل شركاء المباح يأخذ الواحد منهم حصته منه بالسعي والعمل والعاطل والمعطل عنه يكون مظلوماً من نفسه لا من باقي الشركاء لأن العمل هو وظيفة الحياة .

ثم ان الماء ينقسم الى اربعة اقسام : الاول الماء الجاري والثاني مياه الوديان كنهر سيحون فالناس مشتركون في حق الشفعة والشرب من هذه المياه والثالث المياه الداخلة في المقاسم كأنهر دمشق فلجميع الناس حق الشفة منها وليس لهم حق الشرب : والرابع المياه المحرزة في الاواني كما سيأتي تفصيل ذلك كله .

مادة ١٢٣٥ [الماء الجاري تحت الارض ليس بملك لأَحد]

لان ذلك هو الماء الذي سلكه الله تعالى ينابيع في الارض لمنفعة كافة الناس بنص الكتاب ٠ وفي التنوير اذا حفر احد في ملكه بئراً مجاوراً الى بئر جاره المحفور في ارضه وجذب هذا البئر ماء البئر القديم فليس لصاحب البئر القديم طلب منعه انتهى ٠ ولا يقال بأن الانسان ليس له ان يتصرف في ملكه تصرفاً مضراً بالغير لان الضرر الفاحش يزال ولأن المياه الجارية تحت الارض ليست بملك احد ٠

مادة ١٢٣٦ [الآبار التي ليست منبوشة بسعي شخص مخصوص وعمله بل هي من القديم لانتفاع كل وارد فهي من الاشياء المباحة والمشتركة بين الناس]

اما الآبار المنبوشة بسعي احد معين وعمله سواء كانت في ارضه المملوكة اوفي الارض الموات فهي ملك من حفرها « راجع المادة ١٢٥١ »٠

مادة ١٢٣٧ [البحر والبرك الكبيرة] والصغيرة [مباحة] فلكل انسان الانتفاع منها الا اذا اسال احد لأرضه ماء وجعله بحيرة محرزة فتكون ملكه دون الناس ٠

مادة ١٢٣٨ [ما ليس مملوكاً من الأنهار العامة التي لم تدخل في المقاسم يعني في المجاري المملوكة مباح ايضاً كالنيل والفرات والطونه والطونجه]

ولكل انسان حق الشرب في هذه الانهار ما لم يضر بغيره ولكل انسان حق الشفة سواء اضر بغيره ام لم يضر اما في البحر فلكل انسان التصرف ولو اضر بغيره ٠

مادة ١٢٣٩ [الأنهار المملوكة يعني التي دخلت في المقاسم على الوجه المشروح هي نوعان النوع الاول الأنهر التي ماؤها يتفرق و يقسم بين الشركاء لكن لا يحى جميعه في اراضي هؤلاء بل له بقية لا تجري الى المفازات التي تباح للعامة فالأنهر التي من هذا القبيل لكونها عامة من وجه يقال لها نهر عام ايضاً والشفعة لا تجري فيها ٠ النوع الثاني النهر الخاص الذي يتفرق ماؤه و ينقسم الى اراضي اشخاص معدودة

والى انتهائه الى آخر اراضيهم] يجري [ولا ينفذ الى مفازة فالشفعة انما تجري في هذا النوع]

و يوجد فرق آخر بين هذه الانهر وهو ان القسم الاول لا يجبر اصحابها على كريها والقسم الثاني يجبرون على كريها وتعزيلها ٠

مادة ١٢٤٠ [النهر اذا جاء بطين الى ارض احد فهو ملكه ولا يسوغ لاحد ان يتعرض له] ٠ مهما كان مقدار هذا الطين حتى ولو كان ذراعاً اما الماء اذا جاء بأشجار مباحة ووضعها في ارض احد فلكل من الناس اخذها لانها مباحة في الاصل اما الطين فانه بأستقراره في الارض يصير من اجزائها ٠

مادة ١٢٤١ [كما ان الكلاء النابت في الاراضي التي لا صاحب لها مباح كذلك الكلأ النابت في ملك شخص بلا تعاطي سببه ايضاً مباح اما اذا تعاطى ذلك الشخص سببه كما اذا سقى ارضه وجعل لها خندقاً او اعدها وهيأها بوجه ما لأجل الانبات فالنباتات الحاصلة في تلك الاراضي تكون ماله لا يسوغ لآخر ان يأخذ منها شيئاً فأن اخذ واستهلك يكون ضامناً] لأن الكسب ملك الكاسب والزرع ملك الزارع ولو كان في ارض مغصوبة « مادة ١٢٤٦ » ٠ وينقسم الكلأ الى ثلاثة اقسام الاول ما يثبت في ارض غير مملوكة لاحد فهذا مباح والثاني ما يكون في ارض مملوكة نابتاً بنفسه وهذا مباح غير ان لصاحب الملك منع من اراد الدخول لأخذ الكلأ الى ملكه وعند حاجة الناس يخير صاحب الملك بين اعطاء الاذن لدخول الناس واخذه و بين اعطائهم ما يكفي لسدحاجتهم منه والثالث ما استنتجه صاحب الارض بعمله وسعيه فهو ملك صاحبه ٠

مادة ١٢٤٢ [الكلاء هو النبات الذي لاساق له]والذي ينبسط على وجه الأرض [فلا يشمل الشجر ٠ والفطر ايضاً في حكم الكلاء] اما الحشيش والشوك فهو بحكم الشجر فالكلأ الفطر النابت بأرض احد ولكل الناس اخذه اما الحشيش والشوك والشجر فليس لغير صاحب الارض اخذه ولو كان نابتاً بدون فعل احد ٠

مادة ١٢٤٣ [الأشجار التي تنبت بلا غرس في الجبال المباحة يعنى غير المملوكة مباحة] لأنها لم تكن في ملك احد ٠

مادة ١٢٤٤ [الأشجار النابتة بلا غرس] أو بغرس [في ملك احد هي ملكه ليس لأحد ان يحتطب منها الا بأذنه فأن يفعل] يعدها عيناً اذا كانت موجودة واذا كانت هالكة [يكن ضامناً]قيمتها

مادة ١٢٤٥ [اذا طعم رجل شجرة فكما ان الخلف الذي هو من قلم التطعيم يكون ملكه كذلك ثمرته ايضاً تكون له]

اما اصل الشجرة اذا كانت ملكه بغرسه اونابتة بدون غرس في ارضه اوثابتة بغرسه في الجبال تكون له والا لا واذا كانت الشجرة مشتركة بينه و بين آخر في ارضهما المشتركة وطعمها يكون الطعم له والأصل مشترك وللشريك طلب قسمة الارض فأذا خرجت في مقسم صاحب الطعم كانت له واذاطعم الاشجار النابتة في ارض غيره او الأشجار المملوكة لأهل قرية يملك ثمر الطعم دون الأصل ٠

مادة ١٢٤٦ [من بذر لنفسه] في ارضه او في ارض مغصوبة [فأنواع حاصلات البذر له لا يتعرض له من طرف احد] ولو كان البذر مغصوباً ايضاً ٠ وفي الولوالجيه بذر ارضاً وباعها قبل ان تنبت وسلمها الى المشتري ثم نبت البذر فالمحصول له دون المشتري ٠

مادة ١٢٤٧ [الصيد مباح] سواء وقع في ارض الصياد او في المفازات او المحلات العامة انما الصيد يجب ان لا يضر بالغير وان لا يكون للتلهي وان لا يتخذه الصياد حرفة وصنعةً له ٠

وذلك لان الطير مباح وكذا الظبي في الفلاة قال تعالى (فأذا احللتم فأصطادوا) وقال صلى الله عليه وسلم (اذا شارك كلبك كلب آخر فلا تأكل فأنه انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك) والاجماع معتقد على ذلك ٠

***

الفصل الثاني

(في بيان كيفية استملاك الاشياء المباحة)

مادة ١٢٤٨ [اسباب التملك ثلاثة الاول : الناقل من مالك الى مالك آخر كالبيع والهبة] والهدية والصدقة والتسليم والمال المغصوب بعد تغيير اسمه [والثاني كون واحد خلف الآخر كالأرث والثالث احراز شيء مباح لا مالك له وهذا اما حقيقي وهو وضع اليد حقيقةً على شيء ما واما حكمي وذلك بتهيئة سببه كوضع اناء لجمع ماء المطر او نصب شبكة لأجل الصيد].

فالسبب الاول والثاني وجدا بعد تزاحم الناس على المباحات فأصبح التوصل الى الملك اما بالخلافة ميراثاً واما بالنقل اشتراءً واتهاباً واما الثالث فهو اقدم اسباب الملك وجوداً والسبب الرئيسي الذي تفرع عنه ما عداه والحصر في الثلاثة استقرائي لا عقلي .

مادة ١٢٤٩ [كل من احرز شيئاً مباحاً كان مالكا له مستقلاً مثلاً لو اخذ واحد من نهر ماء بيده او بوعاء كالعلبة فبأحرازه وحفظه في ذلك الوعاء صار ملكه ليس لغيره صلاحية ان ينتفع منه] وله بيعه وهبته واذا مات يورث عنه [واذا اخذه آخر بدون اذنه واستهلكه فيكون ضامناً]

لان من يحرز المباح يكون قد اخذ حصته منه فيملكها وليس لغيره سلب ملكه منه .

مادة ١٢٥٠ [كون الأحراز مقروناً بالقصد لازم فلو وضع شخص وعاءً في محل بقصد اخذ ماء المطر فماء المطر المجتمع في ذلك الاناء ملكه كذلك الماء المجتمع في الحوض والصهريج المبنيين لاجل جمع الماء ملك صاحبه اما لو وضع

شخص اناءً في محل بغير قصد فماء المطر المجتمع فيه لا يكون ملكاً له فيسوغ لشخص غيره ان يتملكه بالأخذ راجع ماده ٢]

معناه ان الأحراز لا يتم بالفعل الحسي ولا بد من انضمام القصد والنية وذلك لان المباح كثيراً ما يوجد في ارض مملوكة او في وعاء مملوك على وجه الصدفة بدون عمل من المالك وعند ذلك لا تتحقق حقيقة الاحراز التي هي علة الملك ٠

مادة ١٢٥١ [يشترط في احراز الماء انقطاع جريه فالبئر الذي ينز مافيه من الماء لا يكون ماءً محرزاً فلو اخذ شخص من الماء المجتمع في هكذا بئر ينز بدون اباحة صاحبه واستهلكه لا يلزمه الضمان]

لأن الماء الجاري بلا انقطاع انما يستمد قوته مما تحت الارض من المياه وهذا غير مملوك واذا قيل بأن عمارة البئر سعي وعمل يستحق به العامل ملك ذلك الماء نقول ان هذا الماء الجاري حيث لا نهاية في الحس لأجزائه فلا يمكن ان يستوعبه ويحيط به الأحراز الذي هو علة الملك في المباح ولأن كثيراً من المسافرين لا يقدرون على اخذ جميع ما يحتاجونه من الماء ويتضررون للأستقاء من مياه الآبار في طرقهم فليس لأصحابها منعهم من اخذ مائها وليس لهم منعهم ايضاً من اخذ جميع ما فيها من المياه ٠

[وكذلك الماء المتتابع الورود يعني ان ماء الحوض الذي بقدر ما يجري اليه الماء من طرف يخرج من طرفه الآخر بقدره غير محرز]٠

وكذا ماء النهر المختص بشخص معلوم غير محرز فاذا اخذ احد الماء جميعه وسقى فيه ارضه لا يضمن ٠

مادة ١٢٥٢ [يحرز الكلاء بجمعه وحصده وتجريزه]٠ لا بجمعه وحصده فقط خلافاً للاشجار المباحة الوارد ذكرها في المادة الآتية ٠

مادة ١٢٥٣ [يسوغ الأحتطاب من اشجار الجبال المباحة لكل احدٍ كائناً

من كان وبمجرد الاحتطاب يعني بجمعها يصير مالكاً لها والربط ليس بشرط] فأذا اخذت بعد الاحتطاب واستهلكت يضمنها الآخذ .

***

﴿ الفصل الثالث ﴾

(في بيان احكام الاشياء المباحة العمومية)

مادة ١٢٥٤ [يجوز لكل احد الانتفاع بالمباح لكنه مشروط بعدم الضرر للعامة] لذلك يحق لكل انسان ان يحتطب الأشجار الموجودة في الجبال العامة واخذ اثمارها وليس لاحد منعه ويجوز لكل انسان ان يحش الكلاء النابت في الارض المملوكة واطعامها لحيواناته الا اذا منعه صاحب الارض من الدخول لأرضه ولكل انسان استئجار اجير ليجمع له حطباً من الجبال العامة او يصطاد له منها وله اضرام النار فيها ولكل الناس الانتفاع من نور هذه النار وحرارتها .

مادة ١٢٥٥ [قبل اخذ الشيء المباح واحرازه ليس لاحد منع آخر منه] .

لأن الشيء الموجود في مكان اباحته لم يثبت بعد عليه يد اختصاص لاحد فكل من يأخذه وهو في هذه الحالة او تصل اليه يده يكون قد حاز عليه .

مادة ١٢٥٦ [لكل احدٍ ان يعلف حيوانه من الكلاء النابت في المحل الذي لا صاحب له و يأخذ منه و يحرز قدر ما يريد] .

اي ان تملك المباح يكون بطريق استهلاك عينه في محل وجوده بدون حيازة ونقل الى موضع يختص بالمنتفع وقد يكون بنقله الى مكان حوزته لاجل الانتفاع به في اي وقت .

مادة ١٢٥٧ [اذا جمع شخص الكلأ النابت في ملك شخص بدون تسببه وان

يكن مباحاًفلصاحبه منع الغير من الدخول في ملكه] الا اذا كان لا كلأ في غير تلك القطعة فيؤمر حينئذٍ صاحبها بالسماح للغير بالدخول واحراز الكلاء اويجمعه بنفسه و تسليمه (هنديه)٠

مادة ١٢٥٨ [اذا جمع شخص احطاباً من الجبال المباحة وتركها فيها فجاء غيره واخذها فلذلك الشخص ان يستردها منه) اذا كان قد جمعها لنفسه ليأخذها اما لو شفاها وتركها فلكل من الناس اخذها ٠

ماده ١٢٥٩ (لكل احد كائناً من كان ان يقطف فاكهة الاشجار التي في الجبال المباحة وفي الأودية والمراعي التي لا صاحب لها) ٠

ماده ١٢٦٠ (اذا استأجر شخص اجيراً لاجل جمع الاحطاب المنكسرة او امساك الصيد] المعين والمعلوم [فما جمعه الأجير من الحطب او امسكه من الصيد فهو للمستأجر) ٠

اي اذا استأجر احد آخر ليحتطب له مدة معلومة من الزمن بأجر معلوم فالأجارة صحيحة لانها وقعت على منفعة من مقاصد العقلاء والحطب والصيد للمستأجر وللأجير ما يسمى من الأجر حتى لو حاول الاجير الصيد والاحتطاب بوسائله المعتادة ولم يظفر بشيءٍ يستحق بانتهاء المدة الاجرة المسماة واذا استؤجر الأجير لاحتطاب حطب غير معلوم فالأجارة فاسدة ٠ وفي الهندية لو استأجره للصيد بدون تعيين مدة فالأجارة فاسدة ووجه فسادها انها عند عدم ذكر المدة تقع على العمل ومثل هذا العمل غير منضبط والمنفعة المقصودة منه غير متحققة الحصول ٠

اما الوكالة فأنها لا تجرى في المباحات لأن الوكيل يجب ان يوكل بعمل لا يقدر على القيام به بنفسه والمباح لكل الناس فلا يقع فيه التوكيل ٠

مادة ١٢٦١ [اذا اوقد شخص ناراً في ملكه فله ان يمنع غيره من الدخول في ملكه والانتفاع بها اما اذا اوقد شخص ناراً في صحراء ليست بملكه فلسائر الناس

ان يتنفع بها وان يدفأ بها وان يخيط شيئاً في ضيائها وان يشعل قنديله] منها وليس له ان يأخذ منها الا قطعة صغيرة لا يمكن ان تصير فحمة . تنوير) . [وليس لصاحب النار منعه لكن بدون اذن صاحبها ليس له ان يأخذ منها حجراً] لان الحجر اما فحم واما حطب وهذا مال محرز ولا يقال ان صاحب الارض يجبر على اعطاء النار لطالب التدفؤ والا ادخاله لأرضه كما مر بيانه في الماء والكلاء لأن النار محرزة فلا تقاس بالأخذ على غيرها .

***

﴿ الفصل الرابع ﴾

(في بيان حق الشرب والشفة)

مادة ١٢٦٢ [الشرب هو نوبة الانتفاع بسقي الحيوان والزرع] والشرب في اللغة والشرع هو النصيب من الماء قال تعالى (هذه ناقة لها شرب ولكم شرب يوم معلوم).

مادة ١٢٦٣ [حق الشفة حق شرب الماء] ويشمل الوضوء والطبخ والاغتسال وغسل الثياب وهو اخص من حق الشرب لأن حق الشفة مختص بالأنسان وحق الشرب شامل للأنسان والحيوان .

مادة ١١٦٤ [كما ينتفع كل احد بالهواء والضياء يسوغ له ان ينتفع ايضاً بالبحور والبرك] الكبيرة سواء كان هذا التصرف مضراً بالغير ام لم يكن وقد جاءت هذه المادة مطلقة بحق التصرف في ذلك دون تقييدٍ بوجود الضرر وعدم وجوده خلافاً للمادة ١٢٦٥ المتضمنة الانتفاع من الأنهار فأنها قيدته بشرط عدم الاضرار .

مادة ١٢٦٥ [لكل احد ان يسقي ارضه من الانهر التي ليست مملوكةً وله ان يشق جدولاً لسقي الاراضي وانشاء الطاحون لكن عدم المضرة للعامة شرط فاذا

فاض الماء واضر بالخلق او قطع الماء بالكلية او منع سير الفلك فأنه يمنع]. وكذا يمنع اذا قل الماء باستعماله بصورة فاحشة.

مادة ١٢٦٦ [للأنسان والحيوان حق الشفة في الماء الذي لم يحرز].

مادة ١١٦٧ [الأنهار المملوكة يعني المياه الداخلة في المجاري المملوكة حق شربها لاصحابها وللعامة فيها حق الشفة فقط فلا يسوغ لاحدٍ ان يسقي اراضيه من نهر مخصوص بجماعة او جدول او قناةٍ او بئر بلا اذنهم لكن يسوغ له الشرب بسبب حق شفته وله ايضاً ان يورد حيواناته من النهر والجدول والقناة المذكورات ان لم يخش من تخريبها بحسب كثرة الحيوانات وكذلك له اخذ الماء منها الى جنينته وداره بالجرة والبرميل].

لانه يثبت للانسان والحيوان في ملك الغير ضرورة حفظ الحياة من الهلاك اما اسقاء الاراضي وما شابهها من طرق الثراء والتمول فلا يملكه الانسان في ملك غيره.

مادة ١٢٦٨ [يسوغ لمن كان ضمن ملكه ماء متتابع الورود سواء كان حوضاً او بئراً او نهراً ان يمنع طالبه من الدخول في ملكه لكن اذا لم يوجد في قربه ماء مباح غيره للشرب فيجبر صاحب الملك على اخراج الماء لذلك الطالب او اعطائه الرخصة بالدخول لاخذ الماء وان لم يخرج له الماء فله حق الدخول واخذ الماء]. وله القتال بالسلاح والدخول لاخذ الماء اذا خاف على نفسه او على دابته الهلاك من العطش [لكن بشرط السلامة يعني ان عدم الضرر شرط كتخريبه حافة الحوض او البئر او النهر] واذا كانت الارض ارض موات لا يمنع الداخل من الدخول لاستعمال حق الشفة من البئر المحفور بها لأن الخراج والعشر في الموات يعطى لأجل حق احياء الموات ليس الا فلا يغير الحقوق الواجب استيفاؤها من تلك الارض (هندية). وفي رد المحتار اذا كان الماء محرزاً فللعطشان حق الشفة منه اذا كان الماء كثيراً يكفي لشرب اثنين والا فلا.

مادة ١٢٦٩ [ليس لأحد الشركاء في النهر المشترك ان يشق منه نهراً اي جدولاً الا بأذن الآخرين وليس له ان يبدل نوبته القديمة وليس له ان يسوق الماء في نوبته الى ارض له اخرى لا شرب لها من ذلك النهر ولو رضي اصحاب الحصص بهذه الاشياء فلهم انفسهم او لورثتهم الرجوع بعده] لانها اباحة والمبيح يرجع في اباحته وكذا ليس لاحد الشركاء ان يعير نوبته الى غيره خوف ادعاء ذلك الغير بحق شرب له في الماء المعار ٠

***

الفصل الخامس

(في احياء الموات)

مادة ١٢٧٠ [الاراضي الموات هي الاراضي التي ليست ملكاً لأحد] في دار الاسلام ولا وقفاً [ولا هي مرعى ولا محتطباً لقصبة او قرية وهي بعيدة عن اقصى العمران يعني ان جهير الصوت لو صاح في اقصى الدور التي في طرف تلك القصبة او القرية لا يسمع منها صوته] وتقدر هذه المسافة بميل ونصف او بمسافة نصف ساعة ٠

قلنا الاراضي التي ليست بملك احد في دار الاسلام والقصد من ذلك هو الاراضى التي لم تكن ملكاً لاحد منذ فتحت الاسلام البلاد والا تبقى لصاحبها مسلماً كان او ذمياً فلا تكون مواتاً ولا يجوز الانتفاع منها ولا من ترابها واذا كانت مملوكة وتوفي مالكها عن غير وارث تعود لبيت المال ولا تكون مواتاً ٠ وكذا الحكم في الاراضي الاميرية واما الاراضي الموقوفة فلا تكون مواتاً اصلاً ٠ وكذا الحكم بالأراضي الأميرية الجاري التصرف بها و بمرعى القرى والقصبات ومحتطبها ومقبرتها فلا تكون مواتاً اصلاً ٠

مادة ١٢٧١ [الأراضي القريبة من العمران تترك للأهالي مرعى ومحتصداً ومحتطباً و يقال لها الأراضي المتروكة]

مادة ١٢٧٢ [اذا احيي شخص] من التبعة مسلماً كان او غير مسلم [ارضاً من الأراضي الموات بالاذن السلطاني] عند الامام الاعظم [صار مالكاً لها واذا اذن السلطان او وكيله لشخص بأحياء ارض على ان لا يكون متملكاً بل لمجرد الانتفاع] كما هو الحال في الاراضي الاميرية [فذلك الشخص يتصرف بتلك الأرض كما اذن له لكن لا يكون مالكاً لتلك الارض] اما الامامان فأنهما لم يريا لزوماً للأذن . واعلم بأن الاصل في الاراضي التي فتحها المسلمون ان تكون ملك العموم اي ملك بيت المال ولذا لا بد من الاذن السلطاني بأحيائها فمن احياها بدون الأذن السلطاني عمداً او تهاوناً تسترد منه واذا ترك الاذن جهلاً منه تترك له .

وكذا الحكم في قانون الاراضي فأن من يحيي مواتاً بدون اذن تعطى له بطابو المثل واذا احياها بالاذن من السلطان او من وكيله تكون له وليس لاحدٍ التجاوز عليها .

واعلم بأن اشتراط الاذن هو مذهب ابي حنيفة وقال صاحباه بأنه ليس بشرط .

ماده — ١٢٧٣ [فلو احيي شخص مقداراً من الاراضي وترك باقيها فما احياه يكون ملكاً له وباقيه ليس له] عند محمد [لكن اذا بقي في وسط الاراضي التي احياها محل خال فذلك المحل يكون له ايضاً] لعدم امكان المرور والتوصل الى هذا المحل وذلك خلافاً لابي يوسف لأنه افتى بتملك جميع الأرض لمن احيي اكثر من نصفها لأن الأكثر يحكم الكل .

مادة ١٢٧ [اذا احيي شخص ارضاً من الاراضي الموات وبعده جاء آخرون واحيوا الاراضي التي في اطرافها الاربعة فيتعين طريق ذلك الشخص في الاراضي التي احياها المحيي اخيراً يعني يكون طريق الشخص منها] لأنه بسكوته يكون رضي بأن يكون طريقه في آخر ارض جرى احياؤها اما لو وقع احياء جميع الاراضي الواقعة بأطراف القطعة الاربعة من واحدٍ فيكون المحيي الاول بالخيار بالمرور من اية ارض شاء ،

مادة ١٢٧٥ [كما ان البذر والنصب احياء للأرض كذلك الحرث والسقي او شق جدول لأجل السقي] ورفع الدك دائر الارض وحفر البئر الى ان يظهر فيه ماء وبناء المسناة لردماء السيل في اطراف الأرض كما سيأتي تفصيل ذلك في المادة الآتية [ايضاً احياء] عند ابي يوسف اي ان الاحياء يقع بأحدى التسعة احوال المذكورة ولا يشترط اجماعها او اجتماع اكثر من واحد منها خلافاً لرواية محمد بن الحسن فأنه ورد فيها ان لا بد من اجتماع الكرى مع السقي والواحد منها لا يعد احياء ٠

مادة ١٢٧٦ [اذا بنى شخص جداراً في اطراف ارض من الأراضي الموات او بنى مسناة بقدر ما تحفظها من ماء السيل فيكون قد احيى تلك الارض] ٠

وقد اتفق الجميع على ان البناء وحده كاف في الاحياء بحيث لا يحتاج الى شيء آخر اذا كان محيطاً بالارض ٠

مادة ١٢٧٧ [وضع الاحجار او الشوك او اغصان الاشجار اليابسة محيطة بجوانب الاراضي الاربعة او تنقية الحشيش منها او احراق الشوك او حفر البئر] بدون ان تخرج المياه فيه [ليس بأحياء لكنه تحجير]

لأن هذه الاشياء لا تجعل الارض صالحة للزراعة ولاتمنع المارين من المرور منها وكذلك حفر ذراع فيها من البئر لا يكون احياء بل تحجيراً اما حفر البئر واخراج الماء منه احياء لا تحجير ٠

مادة ١٢٧٨ [اذا حصد شخص ما في الأراضي الموات من الحشيش او الشوك ووضعه في اطرافها ووضع عليه التراب بوجه مانع لوصول ماء السيل اليها ولم يتم مسناتها فلا يكون احيي تلك الارض ولكن يكون حجرها] ٠

مادة ١٢٨٩ [اذا حجر شخص محلاً من الاراضي الموات فيكون احق من غيره بذلك المحل ثلاث سنين فأذا لم يحيه الى ثلاث سنين لا يبقى له حق و يجوز

ان يعطى لغيره على ان يحييه] وعن عمر رضي الله عنه (ليس لمحتجر بعد ثلاث سنين حق) وعمل الصحابي فيما لا نص فيه حجة عند الحنفية ووجهه ان الأرض يتحقق اهمالها بالترك ثلاث سنين لأن السنة الاولى تمر في اعدادها لقبول الذراعة والثانية تترك فيها للراحة والثالثة يتحقق فيها الترك وكذلك الحكم في الاراضي الاميرية ٠

مادة ١٢٨٠ [من حفر بئراً في الاراضي الموات بأذن السلطان فهو ملكه]

ويملك ايضاً اربعين ذراعاً بأطراف البئر الاربعة اما اذا حفره بدون اذن السلطان يكون تحجيراً لا احياءً ٠

٭٭٭

﴿ الفصل السادس ﴾

(في بيان حريم الآبار المحفورة والمياه المجراة والاشجار المغروسة)

(بالأذن السلطاني في الاراضي الموات)

مادة ١٢٨١ [حريم البئر يعني حقوقه من جهاته من كل طرف اربعون ذراعاً]

ولا فرق بين ان تكون بئراً للناضح وهي التي يسقي منها بواسطة الابل او للعطن وهي التي يسقى منها بواسطة اليد لقوله عليه الصلاة والسلام (من حفر بئراً فله من حولها اربعون ذراعاً) وسبب ذلك هو ان الحافر يستحق ذلك حفظاً لحقه المكتسب في الحفر للاحتفاظ بتعبه وعمله خصوصاً فيما كان رخواً من الاراضي وهذا قول ابي حنيفة وقال صاحباه حريم العطن اربعون ذراعا وحريم الناضح ستون استدلالاً بحديث صرح بالتقسيم على هذا الوجه ٠

وفي رد المحتار اذا حفر احد بئراً بعدار بعين ذراعاً وجذب ماءَ البئر الاول فلصاحب البئر الاول منعه الان المجلة لم تعتبر هذه الاقوال وجعلت حداً معيناً لحريم البئر ٠ اما الذراع فهو ستة قصبات وكل قصبة اربعة اصابع ٠ وهذا الحكم منحصر بالآبار المحفورة في الاراضي الموات اما الآبار المحفورة في الاراضي المملوكة فلا حريم لها ولكل من اصحاب الاراضي المجاورة حفر بئر كيفما شاء واينما شاء ٠

مادة ١٢٨٢ [حريم نبع الاعين يعني الماء المستخرج من الارض الجاري على وجهها من كل طرف خمسمائة ذراع]

لقوله عليه الصلاة والسلام (حريم العين خمسمائة ذراع) لأن الأعين تستخرج لسقاية الاراضي ولذا قد عين لها حرماً اكبر من حرم الآبار اما الشافعي والمالكي فقد تركا تعيين الحرم للعرف والعادة ٠

مادة ١٢٨٣ (حريم النهر الكبير) المحفور في الاراضي الموات [الذي لايحتاج الى الكرى كل وقت من كل طرف مقدار نصفه فيكون مقدار حريمه من الجانبين مساوياً لعرضه] عند ابي يوسف وهو القول المفتى به لأن صاحب النهر يحتاج الى كريه واصلاحه وهذا يحتاج الى المرور والعبور من جوانبه لتعذر المرور في وسط الماء في كل الاوقات خلافاً لمحمد فأنه قال بلزوم اعتبار الحريم مساوياً لعرض النهر في كل من جانبيه وخلافاً للأمام الاعظم حيث قال بعدم لزوم اعطاء الانهر حريماً لأن حريم البئر والعين ورد على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه ٠

مادة ١٢٨٣ (حريم النهر الصغير المحتاج الى الكري يعني الجداول والقني تحت الارض على مقدار ما يلزمها من المحل لأجل طرح الاحجار والطين عند كريها) لأن ثبوت الملك في هذه الجداول يحتاج الى ثبوته فيما هو من ضرورات امكان الانتفاع بها ٠

مادة ١٢٨٥ (حريم القناة الجاري ماؤها على وجه الارض كالعين من كل طرف خمسمائة ذراع)

مادة ١٢٨٦ (حريم الآبار ملك اصحابها لا يجوز لغيرهم ان يتصرف فيها بوجه من الوجوه ومن حفر بئراً في حريم آخر يردم وعلى هذا الوجه ايضاً حريم الينابيع والأنهر والقنوات)٠

مادة ١٢٨٧ [اذا حفر شخص بئراً بالأذن السلطاني في القرب من حريم بئر لآخر فحريم هذه البئر في سائر جهاته ايضاً اربعون ذراعاً لكن في جهة البئر الأول ليس له ان يتجاوز حريمه] لأن الحافر للبئر الأول ملك حريمه ·

مادة ١٢٨٨ [اذا حفر شخص بئراً في خارج حريم بئر آخر فذهب ماء البئر الأول الى الثاني فلا شيء عليه كما لو فتح شخص دكاناً عند دكان أخرى وكسدت تجارة الأولى فلا تغلق الثانية] لأن الماء تحت الأرض ليس بمملوك

مادة ١٢٨٩ [حريم الشجرة المغروسة بالاذن السلطاني في الأرض الموات من كل جهة خمس اذرع لا يجوز لغيره غرس شجرة في هذه المسافة] لأن غارس الشجرة يحتاج الى جمع اثمارها وهذا لا يكون الا بملكية حريمها · وقد وردت هذه المادة مقيدة بالأذن السلطاني عملاً بقول الأمام الأعظم خلافاً للأمامين لأن الأمام الأعظم لم ير محلاً لتمليك حريم الشجر الا اذا كان مغروساً بأذن السلطان · وفي رد المحتار لا حريم للقصر المبنى في الأرض الموات ولو بأذن سلطاني

مادة ١٢٩٠ [ساقية لشخص جارية في عرصة آخر فطرفيها بقدر ما يمسك الماء لصاحب الساقية واذا كان طرفاها مرتفعين فما ارتفع منهما ايضاً لصاحب الساقية وان لم يكن طرفاها مرتفعين ولم يوجد دليل على ان احدهما ذو يد بأن كان عليهما اشجار مغروسة فالطرفان لصاحب العرصة لكن لصاحب الساقية ان يطرح الطين الى طرفيها وقت كريها] ·

مادة ١٢٩١ [لا حريم لبئر حفره شخص في ملكه ولجاره ايضاً ان يحفر بئراً آخر في ملك نفسه عند ذلك البئر وليس لذلك الشخص منع جاره من حفر البئر بقوله ان يجذب ماء بئري] ولو كان مضراً ضرراً فاحشاً لأن كل واحد يتصرف في ملكه تحت الأرض وفوقها وليس للآخر منعه ·

﴿ الفصل السابع ﴾

(في بيان المسائل العائدة الى احكام الصيد)

الصيد ثابت بالكتاب وهو قوله تعالى (واذا حللتم فاصطادوا) (وحرم عليكم صيد البر والبحر مادمتم حرماً) و بالسنة وهو قوله عليه الصلاة والسلام (الصيد لمن اخذه) و بالأجماع ايضاً وهو اتفاق الائمة المجتهدين على مشروعيته ٠

حكم الصيد هو ثبوت ملك الصائد لما اصطاده حقيقة او حكماً ٠

مادة ١٢٩٢ [الصيد جائز سواء كان بالآلات الجارحة كالرمح والبندقية او غيرها كالسكينة او بالحيوان المفترس المعلم كالكلب او بالطائر الجارح كالصقر]

ودليل ذلك آية (وما علمتم من الجوارح مكلبين) فاذا وقع الصيد من الجرح كان اكله حلالاً واذا وقع من ثقل الآله كان اكله حراماً واذا حصل الشك بوقوع الصيد من الجرح او من ثقل الآلة يكون اكله حراماً ايضاً لانه اذا اجتمع المانع والمقتضى رجح المانع كما لو مسك المجوسي يد المسلم وذبح الذبيحة او مد المسلم العاجز عن مد القوس بذاته القوس بأعانة المجوسي فالصيد حرام ولا يؤكل ٠ و يجب ان تكون الآلة جارحةً فأذا كانت داقةً يكون الصيد محرماً ٠ وكذا اذا القى الصياد السيف فأصاب الصيد من جهة القبضة واماتها فلا تؤكل ٠

و يجب ان يكون الحيوان جارحاً فلا يؤكل صيد البقر والغنم اما الأسد والدب فلا يؤكل صيدهما لأن الأول عزيز النفس فلا يطع الأنسان والثاني خسيس لا يصطاد الى غيره اما اذا تعلما واصطادا يؤكل صيدهما ٠ اما الخنزير فهو نجس العين فلا يؤكل صيده ولو تعلم (در المختار) ٠ ولا يكون الكلب معلماً الا اذا اصطاد ثلاث مرات متتابعات ولم يؤكل صيده والصقر لا يكون معلماً الا اذا ترك ثلاث مرات ورجع بالنداء ٠ ولا يؤكل الصيد الا اذا حاز الشروط الآتية وهي خمسة شروط تعود الى الصياد (١) ان يكون الصياد مسلماً او ذو كتاب (٢) ان يرسل آلته — حيوانه — للصيد قصداً (٣) ان لا يشاركه من لا يحل صيده بأرسال كلبة او حيوانه (٤) ان لا يترك الصياد التسمية حين الصيد عمداً (٥) ان لا يشتغل الصياد بين ارسال حيوانه الى الصيد و بين الصيد بعمل آخر ٠

ومنها خمسة شروط تعود الى كلب الصيد وهي (١) ان يكون الكلب معلماً (٢) ان لا يعمل الكلب بعمل غير الصيد بعد الارسال (٣) ان لا يشاركه في عمله كلب من لا يحل صيده (٤) ان يجرح الكلب الصيد لا ان يخنقه (٥) ان لا يأكل الكلب من الصيد شيئاً ·

ومنها خمسة شروط تعود الى الصيد وهي : (١) ان لا يكون الصيد من الحشرات كالحية والعقرب (٢) ان لا يكون من آفات البحار (٣) ان يكون من الحيوانات التي تقدر على الهرب باستعمال اجنحتها او قوائمها (٤) ان لا يكون قوياً بنابه ومخلبه كالسبع والنسر وخلافه (٥) ان يموت قبل ان يتمكن الصياد من اللحوق به حياً لأنه اذا لحقه حياً يجب عليه ذبحه بعد التسمية ·

مادة ١٢٩٣ [الصيد هو الحيوان المتوحش] طبعاً [من الأنسان] والقادر من الأمتناع سواء كان مأكولاً او لا لأن غير المأكول يصطاد لجلده لذلك فالحيوان الأهلي والدجاج الغير قادر على الفرار والحيوانات الوحشية التي اخذت صغيرة وتأهلت واصبحت لا تخاف من الأنسان والحيوانات الأهلية جميعها ولو توحشت لا تكون صيداً لغير اصحابها ·

مادة ١٢٩٤ [كما ان الحيوانات الأهلية لا تصاد كذلك الحيوان البحري المستأنس بالأنسان ايضاً لا يصاد بناءً على ذلك الحمام المعلوم انه غير بري بدلالة امثاله او الصقر الذي برجله الجرص او الغزال الذي في عنقة الطوق اذا مسكها احد تكون من قبيل اللقطة فيلزمه الأعلان بها كي تعطى لصاحبها]

واذا القى الصياد على صيده سهماً وجعله متمنعاً من الفرار وجاء صياد آخر فالقى عليه واماته فالصيد للصياد الأول لانه هو الذي جعله متمنعاً ·

ماده ١٢٩٥ [شرط الصيد كونه متمنعاً عن الأنسان بقدرته على الفرار برجله او جناحه فأن صار الى حالٍ لا يقدر بها على الفرار والخلاص كغزال مثلاً وقع في بئر فيكون قد خرج من حال الصيدية]·

مادة ١٢٩٦ [من اخرج صيداً من حال صيدته فكأنه قد امسكه] · لأن اخراج الصيد من الصيدية هو ادخاله بحال الملك

مادة ١٢٩٧ [الصيد لمن امسكه] وفي الحديث الشريف الصيد لمن أخذه [مثلاً اذا رمى شخص صيداً ففر بجرح لا يقدر على الخلاص معه صار مالكاً له لكن اذا كان جرحه خفيفاً بصورة يتخلص معه فلا يكون مالكاً له فبرمي آخر اياه اوبمسكه بصورة اخرى يكون مالكاً له . وكذا لو رمى شخص صيداً و بعد ان اوقعه نهض ذلك هارباً فبأخذ آخر اياه يستملكه] واذا خرج الصيد بجرح لا يقدر على الخلاص معه فيصير مملوكاً للجارح وليس لغيره اخذه ولا صيده وقتله لا بالذات ولا بواسطة كلبه المعلم او آلته واذا ضربه وقتله يضمن قيمته اذ يصير بالضرب الثاني حراماً

مادة ١٢٩٨ [اذا رمى صيادان صيداً برصاصهما واصاباه فيصير ذلك مشتركاً بينهما مناصفة] اما لو اصابته رصاصة احدهما واثخنته ثم اصابته رصاصة الثاني يكون الصيد للأول حتى ولو قتلته رصاصة الثاني .

مادة ١٢٩٩ [اذا ارسل صيادان كلبيهما المعلمين واصابا صيداً فذلك الصيد بين صاحبيهما مشترك واذا امسك كل واحد منهما صيداً فما امسكه كل واحد منهما يكون لصاحبه و كذلك اذا ارسل اثنان كلبيهما المعلمين فأوقع احدهما صيداً والثاني قتله فان كان الكلب الأول اوصله الى حالة لا يمكن التخلص معها فذلك الصيد لصاحبه] .

مادة ١٣٠٠ [في ساقية شخص وجدوله سمك لا يمسك من غير صيد فلآخر ان يستملكه بالصيد] .

مادة ١٣٠١ [شخص هيأ محلاً في حافة الماء لأجل صيد السمك فجائه سمك كثير واخذ الماء بالقلة فان كان ذلك السمك يمسك من غير صيد فهو لذلك

الشخص وان كان اخذ ذلك السمك محتاجاً الى الصيد لكثرة الماء في ذلك المحل فلا يكون السمك لذلك الشخص ويسوغ لآخران يستملكه بالصيد .

مادة ١٣٠٢ [اذا دخل صيد دار انسان فأغلق بابه لأجل اخذه فيصير ما لكاً له لكن لا يكون مالكاً له بلا احراز بأغلاق بابه فلو جاء آخر واخذه ملكه] لأن هواء الدار وان كان ملك صاحبها غير ان استقرار الصيد فيها لا يكفي مثله في الأحراز ولا يجعل الصيد خارجاً عن الامتناع .

مادة ١٣٠٣ [اذا وضع شخص في محل شيئاً ما كالشرك والشبكة لأجل الصيد فوقع فيه صيد فيكون لذلك الشخص لكن اذا نشر شخص شبكة لأجل جفافها ووقع فيها صيد فلا يكون له كما لو وقع صيد في حفرة في اراضي شخص فانه يجوز لآخر ان يستملكه بالأخذ لكن اذا حفر صاحب الارض تلك الحفرة لأجل الصيد فأنه يصير احق به من سائر الناس (راجع مادة ١٢٥٠)

مادة ١٣٠٤ [اذا اتخذ حيوان وحشي عشاً في بستان شخص وباض فيه فلا يكون ملكاً له فاذا جاء آخر واخذ بيضه او افراخه فليس لصاحب البستان ان يسترد ذلك منه لكن اذا هيأ صاحب البستان بستانه لأجل ان يبيض او يفرخ ذلك الحيوان الوحشي فجاء وباض وفرخ فيه فبيضه وافراخه له] .

مادة ١٣٠٥ [شخص اتخذ في بستانه محلاً للنحل فعسله له لأنه معدود من منافع بستانه لا يجوز لأحد ان يتعرض له لكن يلزمه اعطاء عشره لبيت المال] خلافاً للنحل فاعداد المحل له لا يكفي لملكيته لأن العسل من اثمار البستان المملوكة من صاحبها والنحل في حد ذاته غير متقوم (راجع المادة ٩٠٤) .

مادة ١٣٠٦ [النحل المجتمع في كوارة شخص يعد مالا محرزاً وعسلها ايضاً مال ذلك الشخص] لأن النحل وان كان غير متقوم الا ان اجتماعه في الكوارة يجعله متقوماً عرفاً وعادةً ·

ماده ١٣٠٧ [اذا طلع طرد النحل من كوارة احد الى دار آخر واخذه صاحب الدار فلصاحب الكوارة ان يسترده] لأن النحل في الكوارة محرزاً

« الباب الخامس »

(في بيان النفقات المشتركة ويشتمل على فصلين)

الفصل الاول

(في بيان تعميرات الأموال المشتركة ومصاريفها السائرة)

مادة ١٣٠٨ [الملك المشترك متى احتاج الى التعمير والترميم يعمره اصحابه بالاشتراك على مقدار حصصهم] لأن الكلفة بمقابل النقمة سواء كانت المصاريف لأجل ترميم الملك المشترك وتعميره او مصاريف نقل المثليات المشتركة او اصلاح السياقات والمجاري والأنهر المشتركة او اعمار الأموال المشتركة بين الوقف والملك فاذا اراد احد شركاء الملك المشترك اعمار الملك وتمنع الآخر فللشريك طلب القسمة والتخلص من الشركة اذا كان المال المشترك قابلاً للقسمة واذا كان المشترك جداراً وهنا يحتاج الى التعمير وكان للجارين اخشاباً وجذوعاً عليه ينظر فاذا كانت ارضه قابلة للقسمة تقسم وكل منهما يتصرف بقسمه مستقلاً · واذا كانت ارض الجدار غير قابلة للقسمة يجوز لأحد الشريكين اقامة الدعوى على شريكه وطلب التعمير واذا تمنع يعمره بأذن القاضي على ان يمنع الجار من التصرف في الجدار لحين دفع

ما يصيبه من النفقات . وكذا الحكم في الدار المشتركة الخربة . وكذا الانفاق على تعمير الدولاب المشترك والبئر وكرى الأنهار واصلاحها ومرمة القناة .

اما تعمير الحمام والطاحون والحائط المنهدم في العرصة غير القابلة للقسمة لا يجبر فيه الشريك على التعمير .

مادة ١٣٠٩ [اذا عمر احد الشريكين الملك المشترك بأذن الآخر وصرف من ماله قدراً معروفاً فله الرجوع بحصة شريكه يعني يأخذ من شريكه مقدار ما اصاب حصته من المصرف] سواء كان الملك قابلاً للقسمة او غير قابل للقسمة .

واذا اختلف الآمر والمأمور بقدر المصرف ينظر فاذا كان الآمر اعطى المأمور مالاً ليصرفه فيكون المأمور اميناً مصدقاً بيمينه فيما صرفه واذا صرف المأمور من ماله يكون مدعياً فيجب عليه اثبات مطلوبه بالبرهان واذا صرف احد الشريكين بدون اذن الآخر يكون متبرعاً .

واذا عمر الشريك في الملك المشترك لنفسه يكون ما عمره له ولشريكه طلب القسمة فأذا ظهر محل العمار بملك شريكه فله تخريبه واذا ظهر في حصة المعمر يكون له .

مادة ١٣١٠ [اذا احتاج الملك المشترك الى التعمير واحد الشريكين غائب واراد الآخر التعمير فأنه يستأذن الحاكم ويصير اذن الحاكم قائماً مقام اذن الغائب صاحب الحصة يعني ان تعمير صاحب الحصة الحاضر الملك المشترك بأذن الحاكم هو في حكم اخذه الأذن من شريكه الغائب فيرجع عليه بحصته من المصرف] .

والقاضي وان كان لا يملك صلاحية التصرف في مال الغائب الا انه له صلاحية حفظ مال الغائب من التلف ولو بالغاً .

مادة ١٣١١ [اذا عمر شخص الملك المشترك بدون اذن من الشريك او من الحاكم فيكون متبرعاً يعني ليس له ان يرجع على شريكه بمقدار ما أصاب حصته من المصرف سواء كان ذلك الملك المشترك قابل القسمة أو لم يكن] لعدم ولاية الشريك

على شريكه بذلك وكذا اذا طلب الشريك الأذن من شريكه للتعمير ومنعه شريكه وعمر بعد ذلك يكون متبرعاً ويجب استحصال الأذن من الشريك اذا كان حاضراً لا من الحاكم لأن الحاكم يأذن عند غياب الشريك لا بحضوره ولأن التصرف في ملك الغير باطل ولا يجوز للحاكم ان يجبر الشريك على تعمير العقار المشترك اذا كان قابلاً للقسمة واذا كان غير قابل للقسمة ففيه قولان القول الأول عدم اجبار الشريك على القسمة والثاني اجباره ٠ واذا قبلنا عدم اجبار الشريك على التعمير وجب علينا ان لا نعتبر الشريك الذي عمر متبرعاً في ما صرفه لأن الشريك يكون مضطراً لذلك ويجب على الشريك الذي عمر المال المشترك ان يراجع شريكه ويطلب الأذن منه حتى اذا امتنع عمر المال المشترك ورجع بمصروفه على شريكه ٠

مادة ١٣١٢ [اذا طلب شخص تعمير الملك المشترك القابل للقسمة وكان شريكه متمنعاً وعمره بدون اذن فيكون متبرعاً يعني لا يسوغ له الرجوع على شريكه بحصته وان كان ذلك الشخص قد راجع الحاكم عند امتناع شريكه فبناءً على مادة (٢٥) لا يجبر على التعمير ، لكن يجبر على القسمة وذلك الشخص بعد القسمة يفعل بحصته ما يشاء] ٠ لأن بقاء الملك بدون التعمير ضرر واجبار الشريك على التعمير فيما هو قابل للقسمة ضرر ايضاً والضرر لا يزال بمثله ولذلك يقسم الملك بطلب احدهما ٠

مادة ١٣١٣ [الملك المشترك الذي هو غير قابل للقسمة كالطاحون والحمام اذا احتاج الى العمارة وطلب احد الشريكين تعميره وامتنع الآخر فيصرف عليه قدراً معروفاً بأذن الحاكم ويعمره ويكون مقدار ما أصاب حصة شريكه من المصاريف التعميرية ديناً له عليه وله ان يستوفي دينه هذا من اجرته بأيجار ذلك الملك المشترك وان عمر بغير اذن الحاكم فلا ينظر الى مقدار ما صرف ولكن له ان يستوفي المقدار الذي أصاب حصة شريكه من قيمة البناء وقت التعمير على الوجه المشروح] ٠

وقد اتفق الفقهاء على اجبار الشريك من قبل الحاكم على تعمير المال المشترك اذا كان غير قابل

للقسمة لعدم امكان خلاص الشريك الذي يطلب التعمير من الضرر الحاصل عليه من امتناع شريكه وحجتهم في ذلك هي حجر المديون المماطل وأيفاء الدين من ماله الا ان قانون تقسيم الأموال الغير المنقولة قد نسخ حكم هذه المادة وصار الشريك المتضرر من عدم التعمير فيما هو غير قابل للقسمة ذا حق بطلب بيع العقار المشترك وتقسيم اثمانه .

مادة ١٣١٤ [اذا تهدم بالكلية الملك المشترك الذي هو غير قابل للقسمة كالطاحون والحمام وصار عرصة وطلب احد اصحابه بنائه وامتنع الآخر فتقسم العرصة ولا يجبر على البناء] . واذا كانت غير قابلة للقسمة يجوز للشريك اعمارها ومنع شريكه من الاستفادة منها بأذن الحاكم وأيجارها واستيفاء مصروفه منها واذا كان المشترك حائطاً وتهدم فتقسم ارضه واذا كانت غير قابلة للقسمة يجوز للشريك تعمير الحائط ومنع الشريك من الاستفادة منه الى ان يدفع ما عليه واذا راجعه ولم يأذن له بالعمار وكانت ارض الحائط قابلة للقسمة وعمره يكون متبرعًا واذا كانت ارضه غير قابلة للقسمة فللشريك تعميره ولو بدون اذن والرجوع على شريكه بقيمة البناء فقط .

مادة ١٣١٥ [اذا تهدمت الأبنية التي فوقانيها لواحد وتحتانيها لآخر واحترقت فكل واحد يعمر ابنيته كما في السابق ليس لأحدهما ان يمنع الآخر ويقول صاحب الفوقاني لصاحب التحتاني عمر أبنيتك لأركب انا بأبنيتي عليها فأن امتنع صاحب التحتاني يستأذن صاحب الفوقاني الحاكم وينشيء الأبنية الفوقانية والتحتانية ويمنع صاحب التحتاني من التصرف حتى يعطيه حصة مصرفه] . واذا عمر صاحب الفوقاني بدون اذن صاحب التحتاني يكون متبرعًا واذا طلب الأذن منه وامتنع وعمر بدون اذن الحاكم يعود عليه بقيمة حصته يوم التعمير لأن حق كل من المالكين في مثل هذا البناء ثابت لا يزول بالهدم لأن الحق لا يزول بدون حدوث علة توجب زواله .

مادة ١٣١٦ [اذا تهدم حائط مشترك بين جارين وكان عليه حمولة لهما كقطر ورؤوس جذوع وعمر احدهما عند امتناع الآخر] وكانت ارض الجدار غير قابلة للقسمة

فله منع شريكه من وضع حمولته على ذلك الحائط حتى يؤدي نصف مصرفه] .
وذلك اذا كانت ارض الجدار غير قابلة للقسمة والا فللشريك طلب قسمة الحائط واخذ مقسمه منه والخلاصة ان الشريك اذا أذن الي شريكه او تمنع من الأذن واذنه الحاكم يرجع على شريكه بنصف المصرف واذا عمر الشريك بعد الأمتناع و بدون اذن الحاكم يعود بنصف القيمة واذا عمر بدون استئذان من الشريك و بدون اذن من الحاكم يكون متبرعاً .

مادة ١٣١٧ [اذا تهدم حائط بين دارين فصار يرى من احدى الدارين مقر نساء الأخرى وأراد صاحب أحدى الدارين تعمير الحائط مشتركاً وامتنع صاحب الأخرى فلا يجبر الآخر على البناء لكن يجبر من طرف الحاكم على اتخاذ سترة بينهما بالأشتراك من دف او شيء غيره] . وكذا اذا كان الحائط لأحدهما وسقط فلا يجبر على تعميره بل يجبر على اتخاذ سترة تمنع الكشف على مقر نساء الجيران .

مادة ١٣١٨ [اذا حصل للحائط المشترك بين جارين وهن وخيف من سقوطه وأراد أحدهما نقضه وامتنع الآخر فيجبر على النقض والهدم بالأشتراك] . واذا تمنع من هدمه بعد التقدم وسقط واتلف مالاً لشريكه يضمن قيمة ما تلف اما اذا كان الحائط مبنياً فطلب احد الشريكين هدمه وتعميره امتن مما كان للركوب عليه وامتنع الشريك فلا يجبر .

مادة ١٣١٩ [اذا احتاج العقار المشترك بين الصغيرين او بين الوقفين الى التعمير وكان ابقاؤه على حاله مضراً واحد الوصيين او احد المتوليين يطلب التعمير والآخر يمتنع فيجبر على التعمير مثلاً اذا كان بين داري صغيرين حائط مشترك خيف من سقوطه ووصي أحدهما يطلب التعمير ووصي الآخر يأبى فيرسل من طرف الحاكم امين و ينظر ان كان في ترك هـذا الحائط على حاله في الواقع ضرر معلوم في حق الصغير فيجبر الوصي الآبي على تعمير ذلك الحائط مشتركاً مع وصي الآخر من

مال الصغيرين] لأن ضرر الصغار يعود عليهما فلا يسمح للوصي بالامتناع [كذلك اذا كانت دار مشتركة بين وقفين واحتاجت الى التعمير وطلب أحد المتوليين التعمير وامتنع الآخر فيجبر من طرف الحاكم على التعمير من مال الوقف] واذا كان لا مال في الوقف فيمكن للمتولي ان يستدين على الوقف للتعمير حتى بالربح والفائدة بأذن الحاكم واذا كان للواقف شرط بالاستدانة فلا يحتاج المتولي لأذن الحاكم ايضاً .

مادة ١٣٢٠ [اذا كان حيوان مشترك بين اثنين وأبى أحدهما تربيته وراجع الآخر الحاكم فيامر الحاكم الآبي بقوله أما ان تبيع حصتك واما ان تربي الحيوان مشتركاً] . والجبر جائز على هذا الوجه لأن الشريك المتمنع من التربية يريد اتلاف حصة شريكه واضراره ولا شك ان الأجبار على التربية او البيع أخف ضرراً من الهلاك واذا تمنع الشريك عن الأنفاق بعد هذا الأمر يكلف الشريك الآخر على الأنفاق بناءً يرجع على شريكه بما يصيب حصته من المصروف واذا علف الشريك الحيوان بدون ان يطلب من شريكه او يراجع و يستأذن الحاكم يكون متبرعاً . وكذلك الحكم في الزرع المشترك . واذا تلف الحيوان او الزرع بعد امر الحاكم بسبب امتناع الشريك من الأنفاق يضمن الشريك المتمنع قيمة حصة شريكه واذا تلف قبل الامر لا يضمن (رد المحتار) .

الحيوان في الحقيقة نوع من المشترك الغير القابل للقسمة وقد اختصه الفقهاء بهذا الحكم لألا يكون مضراً على الشريك واحتمال الضرر بالصرف يزول بالبيع وهذا قريب من حكم قانون تقسيم الأموال الغير المنقولة ولا ريب انه اقرب الى فائدة الطرفين في الملك المشترك . لذلك فأن قانون التقسيم المذكور حيث كان بحق غير المنقول فقط فلايسري حكمه على المنقول والدواب حتى ولا الحيطان المشتركة .

***

﴿ الفصل الثاني ﴾

(في حق كري النهر والمجاري واصلاحها)

مادة ١٣٢١ [كري النهر الذي هو غير مملوك واصلاحه على بيت المال] ٠ لأنه اذا لم يكرى ربما طاف وأغرق القرى والمزارع وأضر العامة وبيت المال للعامة [وان لم يكن وسعة في بيت المال يجبر الناس على كريه] فيعمل العامل بنفسه ويدفع الغني النقود للمصاريف ٠ وفي الهداية يصرف عليه من مال الخراج والجزية دون العشر والصدقات لأن هذه للفقراء وتلك للنوائب والمهمات ووجه جبر العامة على ذلك عند عدم وسعة بيت المال لأن لصاحب الولاية العامة اقامة مصالحها وقد قال عمر رضى الله عنه (لو تركتم لبعتم أولادكم) ٠

مادة ١٣٢٢ [كري النهر المملوك المشترك على أصحابه يعني على من لهم حق الشرب لا يشاركهم في مؤنة الكري والأصلاح أصحاب حق الشفة] ٠ لأنهم لا يملكون الماء وهم قوم غير محصور وعدد غير معلوم وحق الشفة تبع وحق الشرب اصل فلا يؤخذ بالتبع ويترك الأصل ٠

مادة ١٣٢٣ [اذا طلب بعض أصحاب حق الشرب تطهير النهر المشترك وابى البعض فينظر ان كان النهر عاماً يجبر الآبي على الكري مع البقية بالأشتراك (راجع مادة ٢٦) وان كان النهر خاصاً فالطالبون يكرونه بأذن الحاكم ويمنعون المتمنع من الانتفاع بالنهر حتى يؤدي مقدار ما أصاب حصته من المصرف] ٠

وقد قيدت المجلة هذه المادة بأذن الحاكم خلافاً لما ورد في مادة ١٣١٥ وقد اختلف الفقهاء في ذلك وفي رد المحتار قولين احدهما للشيخين بالرجوع والثاني لمحمد بن الحسن بعدمه ولو قبلت المجلة الرجوع بعد الكرى ولو بدون اذن لكان اقرب للأحتياج خصوصاً في زماننا حيث صار الشريك يتمنع من دفع اقل مصرف على الملك والمال المشترك ٠

مادة ١٣٢٤ [اذا امتنع كافة أصحاب حق الشرب من كري النهر المشترك فأن كان عاماً يجبروا على الكري وان كان خاصاً لم يجبروا] .

مادة ١٣٢٥ [النهر العام مملوكاً او غير مملوك اذا كان في حافة أرض لأحد وليس من غيرها طريق فللعامة المرور من تلك الأرض لأجل الأحتياجات كشرب الماء واصلاح النهر وليس لصاحبها المنع] . لأن الضرر العام يختار لأزالة الضرر الخاص .

مادة ١٣٢٦ [موئنة النهر المشترك واصلاحه تبتدئ من الأعلى وجملة أرباب الحصص متشاركون في ذلك واذا جاوز على أرض لصاحب حصة بريئ وهكذا ينزل الى آخره لأن الغرامه بالغنيمة (راجع مادة ٨٧) مثلاً نهر مشترك بين عشرة احتاج الى الكري فمصارف أعلى حصة الى نهاية أراضيها على الجميع] . لا الى الخرق اذا كان في نصف الأرض لأن لصاحب الارض تبديل موضع خرقه . [و بعده على التسعة واذا جاوز أراضي الثاني فيقسم على الثمانية بعده على هذا السياق يذهب فصاحب الحصة السفلى يشارك الجميع في المصرف و بعده يقوم بمصارف حصته وحده فمن هذه الجهة يصير مصرف صاحب الحصة العليا اقل من الجميع ومصرف صاحب الحصة السفلى اكثر منهم] . وهذا قول ابي حنيفة لأنه يقصد من الكرى الأنتفاع بالسقي وقد تم لصاحب الأعلى من حين التجاوز على ارضه فلا يلزمه تأمين انتفاع غيره .

مادة ١٣٢٧ [موئنة تعزيل السياق المالح تبتدئ من الأسفل] لأن صاحب الأعلى محتاج للأسفل لأمرار ماء مالحه في أرضه [هكذا الجميع يشتركون في مصرف حصة السياق الكائن في عرصة صاحب الحصة السفلى وكلما تجاوز منه الى ما فوقه يبرأ صاحب الحصة وهكذا يبرأون واحداً واحداً وصاحب الحصة العليا يقوم بحصته

فمن هذه الجهة يكون مصرف صاحب الحصة العليا اقل من الجميع وصاحب الحصة السفلى اكثر منهم] . لأن الأوساخ تستقر في اسفل السياق المالح وتضر بجميع الشركاء وكلما ارتفع السياق زال ضرره عمن ارتفع التعزيل عنه خلافاً لكري النهر .

مادة ١٣٢٨ [تعمير الطريق الخاص ايضاً كالمالح يبتدئ من الأسفل و يعتبر فمه اي مدخله اسفل ومنتهاه أعلى وصاحب الحصة التي في مدخله يصير مشاركاً في المصاريف التعميرية العائدة الى حصته وحدها وصاحب الحصة التي في منتهاه بعد مشاركته كل واحد في مصاريف حصته يقوم بمصاريف حصته وحده] وذلك لأن كل واحد من اصحاب الطريق الخاص يستطرق من اسفل الطريق لا من اعلاه . وفي الخيرية تعمير الطريق الخاص على من ملك رقبته لا على من مرّ فيه واذا امتنع احد المالكين من التعمير يراجع الباقون الحاكم و يعمرونه بأذنه و يمنعوا الشريك من المرور الى ان يدفع ما يصيبه من مصاريف التعمير واذا لم يراجعوا الحاكم بعد امتناع الشريك وعمروا يرجعوا عليه بالقيمة فقط واذا عمروا بدون مراجعته يكونوا متبرعين .



« الباب السادس »

« في بيان عقد الشركة ويشتمل على ستة فصول »

﴿ الفصل الاول ﴾

(في بيان تعريف شركة العقد وتقسيمها)

مادة ١٣٢٩ [شركة العقد عبارة عن عقد شركة بين اثنين فأكثر على كون رأس المال والربح مشتركاً] . وفي البحر اذا قال رجل لآخر اعطني الف قرش لأتاجر بها ويكون الربح مناصفةً فأعطاه بهذا الشرط يكون الربح الى المستقرض والمال قرض .

مادة ١٣٣٠ [ركن شركة العقد الأيجاب والقبول لفظاً او معنى مثلاً اذا قال شخص لآخر شاركتك بقدر كذا قرشاً رأس مال على ان تأخذ وتعطي وقال الآخر قبلت فتكون الشركة منعقدة بالأيجاب والقبول لفظاً واذا أعطى شخص الف قرش لآخر قائلاً ضع انت الف قرش واشتر مالاً وفعل الآخر مثل ماقال فتصير الشركة منعقدة بقبوله معنى] . وتقع الشركة للشراء فقط فأذا قال رجل لآخر انـا شركاء بكل ما تشتريه اليوم من الأموال التجارية فقبل منه الآخر يكونا شريكين بما يشتري وفي مثل هذه الشركة لا يجوز للشريك المشتري ان يبيع ما اشتراه لأنه مفوض بالشراء لا بالبيع . ومن شروط شركة العقد ان يكون المعقود عليه قابلاً للتوكيل فلا تقع الشركة في المباحات كالأصطياد والأحتطاب . وقد ورد في رد المحتار انه يجب على الشريكين ان يحررا صكاً في الشركة يتضمن مقدار رأسمال كل من الشريكين وحصته من الربح وكيفية ادارة عمل الشركة وهل يكون منهما او من احدهما وهل لهما البيع نسيئةً او نقداً وسائر الشروط الممكن وقوع الخلاف من أجلها وقد وردت هذه المادة مطلقة غير مقيدة بمثل هذه القيود .

مادة ١٣٣١ [شركة العقد تنقسم الى قسمين فأذا عقد الشريكان الشركة بينهما على المساواة التامة وكان مالهما الذي ادخلاه في الشركة مما يصلح ان يكون رأس مال للشركة وكانت حصتهما متساوية من رأس المال والربح فتكون الشركة مفاوضة].

والقياس عدم جواز هذه الشركة لأنهـا تتضمن وكالة وكفالة مجهولة والوكالة والكفالة المجهولة غير صحيحة في الأصل فلا تعتبر اذا كانت ضمن الشركة الا انها جوزت للأحتياج عملاً بحديث « فاوضوا فأنه اعظم للبركة » خلافاً للشافعي ومالك رحمهما الله فأنهما لم يجيزا هـذه الشركة اصلاً .

ومن شروطها ان تكون المساواة التامة بين الشريكين فلا تعقد الشركة بين بالغ وصبي لأن الصبي ليس له ان يعمل ولا ان يكفل وتعقد بين المسلم وغير المسلم عند ابي يوسف ولا يقال بأن غير المسلم يرى صحة بيع الخمر والخنازير لأن زيادة تصرف احد الطرفين لا يمنع شركته مع الآخر .

ومن شروطها ان لا يكون لأحد مالاً يصلح بأن يكون رأسمال للشركة خارجاً عنها والمال الذي يصلح بأن يكون رأسمال للشركة هو غير العقار والعروض وان يكون التساوي برأس المال والربح فأذا صار لأحدهما مال اكثر من الآخر بعـد انعقاد الشركة تخرج الشركة من حكم المفاوضة .

[كما لو توفي رجل فاتخذ اولاده مجموع اموال ما انتقل اليهم من ابيهم رأس مال على ان يشتروا و يبيعوا من سائر الأنواع و يقسم الربح بينهم على التساوي يكون عقد شركة مفاوضة ولكن وقوع هكذا شركة على المساواة التامة نادر واذا عقدوا الشركة بلا شرط المساواة التامة فتكون شركة عنان .

وكذا اذا عقدت على المساواة التامة ثم فاتت المساواة انقلبت عناناً ولا يشترط في شركة العنان والمفاوضة ايضاً خلط المال لأن حضور المال فيها كاف

مادة ١٣٣٢ [الشركة سواء كانت مفاوضةً او عناناً اما شركة اموالٍ واما

شركة اعمال واما شركة وجوه فاذا عقد الشركاء الشركة على رأس مال معلوم من كل واحد مقدار معين على ان يعملوا جميعاً او كل على حدة او مطلقاً وما يحصل من الربح يقسم بينهم فتكون شركة اموال واذا عقدوا الشركة وجعلوا رأس المال عملهم على تقبل العمل يعني تعهده والتزامه من آخر والكسب الحاصل اي الأجرة يقسم بينهم فتكون شركة اعمال و يقال لها ايضاً شركة ابدان وشركة صنائع وشركة تقبل كشركة خياطين او خياط وصباغ واذا لم يكن لهم رأس مال وعقدوا الشركة على البيع والشراء نسيئةً و تقسيم ما يحصل من الربح بينهم فتكون شركة وجوه ·

وقد ورد في متن هذه المادة على ان يعملوا جميعاً لذلك لايجوز لأحدهم ان يتمنع عن العمل او يشترط عدم العمل لأن شركة الأعمال يجب فيها العمل من كل الشركاء ·

***

الفصل الثاني

في بيان الشرائط العمومية في شركة العقد

مادة ١٣٣٣ [كل قسم من شركة العقد يتضمن الوكالة فكل واحد من الشريكين في تصرفه يعني في الأخذ والبيع وتقبل العمل من الغير بالأجرة وكيل الآخر] · اذ لا يجوز للشريك ان يتصرف في مال الآخر بيعاً او شراء اذا كان ليس بوكيل له [فكما ان العقل والتمييز شرط في الوكالة وكذلك كون الشريكين عاقلين ومميزين شرط في الشركة ايضاً على العموم] ولا يشترط فيها البلوغ لأن للصبي المميز المأذون ان يشتغل بالتجارة اذا كانت عناناً و يشترط البلوغ في شركات المفاوضة لأنها تتضمن الكفالة والكفالة تبرع ابتداء ·

مادة ١٣٣٤ [شركة المفاوضة تتضمن الكفالة ايضاً فأهلية المتفاوضين للكفالة شرط ايضاً] ولا يشترط فيها معلومية المكفول له عملاً بالمادة ٦٣٩ لأن هذه الكفالة هي ضمن عقد الشركة لا مقصودة بالذات .

مادة ١٣٣٥ شركة العنان تتضمن الوكالة خاصةً ولا تتضمن الكفالة فحين عقدها اذا لم تذكر الكفالة فكل واحد من الشركاء ليس كفيل الآخر فيجوز للصبي المأذون عقد شركة العنان لكن اذا ذكرت الكفالة حين عقد شركة العنان فيصير كل واحد من الشركاء كفيل الآخر .]

مادة ١٣٣٦ [بيان تقسيم الربح بين الشركاء شرط فاذا بقي مبهماً ومجهولاً فتكون الشركة فاسدة] . وذلك لوجوب تقسيم الربح بنسبة رؤوس الاموال في شركات الأموال وان ينفرد كل واحد بنتائج عمله في شركات الأعمال والربح في الشركات الصحيحة يستحق بالعقد وحيث فسد العقد لا يستحق الربح **الا** بما هو حسي وهو المال اوالعمل .

مادة ١٣٣٧ [كون حصص الربح التي تنقسم بين الشركاء كالنصف والثلث والربع جزءاً شائعاً شرط فاذا تقاول الشركاء على اعطاء احدهم كذا قرشاً مقطوعاً فتكون الشركة باطلة .] لأن ذلك من الشروط المنافية للشركة اذ يمكن ان يكون الربح المشروط الى احد الشركاء عاماً لجميع الربح واذا رجعنا الى ماورد في كتاب البيوع نرى ان البطلان ينشأ اما من عدم اهلية العاقدين او عن عدم موافقة الأيجاب للقبول او كون المعقود عليه ليس بمال ولذا فأن ماورد في هذه المادة هواقرب الى الفساد من البطلان وقول المجلة سهو لا محاله .

***

﴿ الفصل الثالث ﴾

(في بيان الشرائط المخصوصة في شركة الأموال)

المفاوضة والعنان

الشرائط المخصوصة ثلاثة الأول كون المعقود عليه قابلاً للشركة والثاني كون رأس مال الشركة عيناً من قبيل النقود والثالث كون رأس مال الشركاء حاضراً عند الشراء ٠

مادة ١٣٣٨ [كون رأس المال من قبيل النقود شرط] لذلك فالعروض والعقار والموزون والعددي لا يكون رأس مال ولا تعقد فيه الشركة اما النقود فلا فرق بين انواعها واجناسها وخلطها ليس من شروط صحة الشركة لأن الربح في الشركة يكون بالعقد لا بخلط رأس المال ٠ وقد اتفقت جميع علماء الحقوق الأسلامية على ان النقد اصل تعقد عليه شركات الأموال ومتى وقعت الشركة بالنقود سقط فيها التقابض الواجب في الصرف ولم يسوغ جمهور الفقهاء انعقاد الشركة على القيمي والمثلي من العروض ولا على العقار الا محمد بن الحسن فأنه جوز انعقادها على المثلي ٠

مادة ١٣٣٩ [المسكوكات النحاسية الرائجة معدودة من النقود] ٠

وهذا قول محمد بن الحسن ايضاً وعليه العمل ووجهه ان النقود النحاسية تعطى فائدة النقود بالتداول والرواج وقال بعضهم بأنها من العروض لعدم اطراد رواجها ولا ريب انها تأخذ حكم النقود حين الرواج على ما ارى فلا فائدة من هذا الخلاف ٠

مادة ١٣٤٠ [غير المسكوك من الذهب والفضة ان جري التعامل فيه بين الناس عرفاً وعادة فهو في حكم النقود والا ففي حكم العروض] لان الثمنية بغير المسكوك بالتعامل و بدون ذلك تكون حلياً قيمية ٠

مادة ١٣٤١ [كون رأس المال عيناً شرط فلا يجوز ان يكون الدين يعني الذي في ذمم الناس رأس مال الشركة مثلاً اذا كان الى اثنين في ذمة آخر دين فلا يجوز ان يتخذ رأس مال وتعقد الشركة عليه و كذا اذا كان رأس مال احدهما عيناً ورأس مال الآخر ديناً فالشركة غير صحيحة] ٠

لأن احضار المال في مجلس عقد الشركة شرط لنفاذها والدين غير المقبوض في المجلس والعين الغائبة لا تكون رأس مال للشركة لأن الدين يحتمل السقوط بالأفلاس والعين تحتمل الضياع بالهلاك قبل التسليم ٠

مادة ١٣٤٢ [لا يصح عقد الشركة على الأموال التي ليست معدودة من النقود كالعروض والعقار يعني لا يجوز ان تكون هذه رأس مال الشركة الا ان الشخص اذا اراد ان يتخذ المال الذي ليس من قبيل النقود رأس مال فكل واحد منهما يبيع نصف ماله للآخر و بعد حصول اشتراكهما يجوز لهما عقد الشركة على هذا المال المشترك كما لو كان لأثنين نوع مال من المثليات مثلاً لكل واحد مقدار حنطة فخلطا احدهما بالآخر فبعد حصول شركة الملك يجوز لهما ان يتخذا هذا المال المخلوط رأس مال و يعقدا عليه الشركة]

و يجب ان يكون المخلوط من جنس واحد فأذا كان مختلف الجنس تكون الشركة شركة ملك لا شركة عقد كما لو كان لأحدهما حنطة وللآخر شعير وخلطا ذلك

مادة ١٣٤٣ [اذا كان لواحدٍ برذون وللآخر سمر فأشتركا على ان يؤجراه وما حصل من اجرته يقسم بينهما فالشركة فاسدة والأجرة الحاصلة تكون لصاحب البرذون والسمر بسبب كونه تابعاً للبرذون لا يكون لصاحبه حصة من الأجرة لكنه يأخذ اجر مثل سمره] ٠ اما لو تشارك صاحب البرذون والسمر على ان يحملا و ينقلا الأمتعة معًا تكون شركتهما شركة اعمال لا شركة اموال وكذا اذا اتفق عامل مع صاحب سفينة على ان يعمل بالسفينة و يشارك صاحبها على نصف اجرته لا تصح الشركة وتكون الأجرة لصاحب السفينة والعامل يأخذ اجر مثله ٠ وفي الهندية "لو اعطى رجل حيوانه لآخر ليشتغل به و يتقاسما اجرته سويةً بينهما فالشركة فاسدة والأجرة لصاحب الدابة وللعامل اجر المثل" ٠

وكذا اذا كان لأحدهما جملاً وللثاني حماراً فآجراهما سويةً وعقدا شركة لا تصح واذا آجر

كل منهما دابته تكون اجرتها له واذا آجرا دابتيهما صفقةً واحدةً ولم يشترطا لكل منهما اجرةً تقسم الاجرة بينهما بنسبة اجر مثل الدابتين واذا آجراها صفقةً واحدةً واشترطا العمل على احدهما تقسم الأجرة على اجر مثل الدابتين واجر مثل العامل . وكذا اذا اشترطا صاحب دابة وصاحب قربة على عقد شركة لسقاية الماء فالأجرة للعامل والآخر يأخذ اجر مثل دابته او قربته وكذا اذا اعطى احد شبكة لآخر فاصطاد بها اسماكاً فالصيد للسماك وصاحب الشبكة يستحق اجر مثل شبكته فقط . وكذا اذا اعطى احد دجاجةً او دابةً لآخر ليربيها ويعلفها ويقتسما الأرباح والأولاد فالشركة فاسدة والربح لصاحب الدجاجة والدابة والآخر يأخذ ثمن العلف واجر مثله .

وكذا اذا اعطى احد لآخر دود الحرير ليعلفه ويأخذ منه الحرير فالحرير لصاحب الدود والآخر له ثمن ورق التوت واجر المثل . واذا باع صاحب الدود والدجاج والحيوانات نصف الدود والدجاج والحيوانات الى الآخر واشتغلا بها شركاء صحت الشركة واقتسما الأرباح حسب اتفاقهما .

يتضح من هذه المادة وما ورد عليها من الشرح بأن العرض يكون رأس مال للشركة بعد ان توجد فيه شركة الملك ويشترط ان يكون من الأموال التي يقع استهلاكها في اعمال تجارة الشركة اما ما تبقي عينه وتحصل الأرباح من منافعه فلا تكون الشركة صحيحة فيه الا على ما ورد في هذه المادة وامثلتها الكثيرة .

مادة ١٣٤٤ [اذا كان لواحد دابة ولآخر امتعة وتشاركا على تحميل الأمتعة على الدابة وبيعها على ان ما حصل من الربح يكون بينهما مشتركاً فالشركة فاسدة والربح الحاصل يكون لصاحب الأمتعة وصاحب الدابة يأخذ اجر المثل لدابته والدكان ايضاً مثل الدابة بأن كان لواحدٍ دكان ولآخر امتعة فتشاركا على بيع الأمتعة في الدكان على ان ما يحصل من الربح مشترك بينهما فالشركة فاسدة وربح الأمتعة يكون لصاحبها وصاحب الدكان يأخذ اجر مثل دكانه] .

***

﴿ الفصل السابع ﴾

(في بعض ضوابط تتعلق بشركة العقد)

مادة ١٣٤٥ [العمل يكون متقوماً بالتقويم يعني ان العمل بتعيين قيمته بتقويم ومن الجائز ان يكون عمل شخص اكثر قيمةً بالنسبة الى عمل شخص آخر مثلاً اذا كان شريكان شركة عنان ورأس مالهما متساوٍ وكلاهما ايضاً مشروط عمله وشرط اعطاء احدهما حصةً زائدةً من الربح فيكون الشرط جائزاً لأنه يجوز ان يكون احدهما في الأخذ والاعطاء امهر وعمله ازيد وانفع] ولو لم يكن صاحب الحصة الزائدة من الربح امهر من الآخر لان العمل يتقوم بالتقويم وهو كالمبيع يمكن بيعه بثمن المثل او بأكثر ولأن العمل نوع من المنافع والمنافع تتقوم بالعقد ومنها العمل في الشركات فلو اشترط عمل احد الشركاء في الشركة بحصة زائدة من الربح جاز لأن الزيادة بمقابل العمل خلافاً لزفر والشافعي فانهما لم يجوزا هذه الزيادة وحجتهما انها تكون ربحاً لما لم يضمن وقوله صلى الله عليه وسلم (الربح على ما شرطا والوضيعة على قدر المالين تبطل حجتهما) .

مادة ١٣٤٦ [ضمان العمل اي تعهد العمل نوع من العمل فاذا تشارك اثنان شركة صنائع بأن وضع شخص في دكانه آخر من ارباب الصنائع على ان مايتقبله هو وما يتعهده من الأعمال يعمله ذلك الآخر وما يحصل من الكسب يعني الاجرة بينهما مناصفة] او اثلاثاً [فيكون جائز واستحقاق صاحب الدكان نصف الحصة] او ثلثها او اكثر او اقل [بسبب كونه ضامناً ومتعهداً للعمل وفي ضمن ذلك ايضاً يصير نائلاً منفعة دكانه] سواء كان صاحب الدكان قادراً على العمل لكن مهارته قليلةً او كان لا يعرف العمل مطلقاً فالأجرة له بمقابل تقبله العمل .

مادة ١٣٤٧ [كما ان استحقاق الربح يكون تارة بالمال او بالعمل كذلك بحكم

مادة ٨٥ يكون تارة بالضمان كما ان في المضاربة يكون بها رب المال مستحقاً للربح بماله والمضارب بعمله واذا اخذ واحد من ارباب الصنائع تلميذاً عنده واعمله ما تقبله وتعهده من العمل بنصف اجرته] أي بنصف اجرة المأجور [فيكون جائزاً والكسب يعني الأجرة المأخوذة من اصحاب العمل كما يكون نصفها مستحقاً لذلك التلميذ بعمله يكون نصفها الآخر مستحقاً للأستاذ ايضاً بتعهده وضمان العمل]

لأن ضمان العمل عمل عقلي يفوق الأعمال الحسية وهو تعهد لأبراز العمل والألتزام بأية وسيلة من وسائله وقاعدة الخراج بالضمان كما تدل على استحقاق ثمرات ما يكون مضموناً من الأموال المادية لضامنها تدل ايضاً على ما يضمن ابرازه من الاعمال والصفات الحسية او المعنوية وما يعطى للعامل الحسي يكون بأستئجار الضامن اياه على العمل ٠

مادة ١٣٤٨ [اذا لم يوجد واحد الأمور الثلاثة السالفة الذكر يعني المال والعمل والضمان فلا استحقاق للربح مثلاً اذا قال شخص لآخر اتجر بمالك على ان الربح مشترك بيننا فلا يوجب الشركة وفي هذه الصورة ليس له اخذ حصة من الربح الحاصل] ٠

لأن الربح يكون بالمال او بالعمل او بضمان العمل ٠ وكذا لو قال شخص من ذوي النفوذ لرجل آخر اتجر في بلاد حوران وانا احصل لك ما يعسر عليك تحصيله من الديون على ان لي الربع من ارباحك لا يستحق من ارباحه شيئاً وجميعه للتاجر لأن تحصيل الديون المتعسرة ليست بواحدة من الأعمال التجارية المحكى عنها ٠

وكذا في شركة الأموال اذا اشترط احد الشركاء ان يأخذ حصة زائدة عن رأس ماله بشرط ان لا يعمل في الشركة لا يستحق الربح الزائد ٠

مادة ١٣٤٩ [استحقاق الربح انما هو بالنظر الى الشرط المذكور في عقد الشركة وليس هو بالنظر الى العمل الواقع فالشريك المشروط عمله ولو لم يعمل

يعد كأنه عمل مثلاً الشريكان شركة صحيحة في حال اشتراط العمل على كليهما اذا عمل احدهما ولو لم يعمل الآخر بعذر او بغير عذر يقسم الربح بينهما على الوجه الذي اشترطاه حيث كل واحد منهما وكيل عن الآخر فبعمل شريكه يعد هو ايضاً كأنه عمل] .

وبشركة الوجوه اذا تعهد مثلاً ثلاث من الحمالين لنقل امتعة فنقلها احدهم يستحق ثلث الأجرة ولا شيء للباقين مالم يكونوا تقبلوا العمل سويةً . اما الخسار يقسم بكل الأحوال بنسبة رأس المال ولا يعتبر اي شرط يتفق عليه الشركاء اذا كان مخالفاً لحصصهم من رأس المال (راجع مادة ١٣٦٩) .

مادة ١٣٥٠ [الشريكان كل واحد منهما امين الآخر فمال الشركة في يد كل واحد منهما هو في حكم الوديعة فاذا تلف مال الشركة في يد واحدٍ منهما بلا تعدٍ ولا تقصير فلا يكون ضامناً] ولا يكلف مدعي التلف اوالتسليم لأكثر من اليمين وكذا اذا ادعى تسليم حصة شريكه له لأن عقد الشركة اذن من كل من الشركاء للآخر دلالةً بوضع يده على حصته من المال لأجراء التصرفات التجارية وهذا ايداع ضمن العقد .

مادة ١٣٥١ [رأس المال في شركة الأموال يكون مشتركاً بين الشريكين متساوياً او متفاضلاً لكن في صورة كون رأس المال من واحد والعمل من آخر اذا كانت المقاولة على ان الربح مشترك بينهما تكون مضاربة كما تأتي في بابها المخصوص واذا كان الربح تماماً عائداً الى العامل فيكون قرضاً واذا شرط كون الربح تماماً عائداً الى صاحب رأس المال فيكون رأس المال بيد العامل بضاعةً والعامل مستبضع ومن كون المستبضع في حكم الوكيل المتبرع يصير الربح والخسار تماماً عائداً الى صاحب المال]. وتفسخ شركة البضاعة بوفاة المبضع سواء عرف المستبضع بوفاته ام لم يعرف واذا اشترى المستبضع مالاً بعد وفاة المبضع يضمن بدله (هندية).

مادة ١٣٥٢ [اذا مات احد الشريكين او جن جنوناً مطبقاً] او حجر عليه او انكر الشركة او فسخها او تلف جميع رأس مال الشريكين او رأس مال احدهما او كانت الشركة موقتة وانقضت مدتها . [فتفسخ الشركة لكن في صورة كون الشركاء ثلاثة او اكثر تنفسخ الشركة بحق الميت او المجنون وحده وتبقى بين الآخرين] .
لأن الجنون المطبق ينافي اهلية التصرف والتوكيل كالموت والشركات بجميع انواعها تتضمن التوكيل اما الموت الحكمي في المرتد اللاحق بدار الحرب وفي المفقود المحكوم بموته كالموت الحسي .

مادة ١٣٥٣ [تنفسخ الشركة بفسخ احد الشريكين لكن علم الآخر بفسخه شرط فلا تفسخ الشركة مالم يكن فسخ احدهما معلوماً للآخر] ولا يشترط رضاء الشريك الآخر بالفسخ لأن كل شريك حر بالتصرف في خالص ماله وعزله عن مال الشريك الآخر . اما اطلاق عبارة المادة يدل على نفاذ الفسخ سواء كانت اموال الشركة من جنس ماعقدت عليه او كانت عروضاً . وفي البحر اذا باع احد المفاوضين مالاً من اموال الشركة وقبل ان يقبض ثمنه فسخت الشركة يتحتم على المشتري دفع الثمن الى الشريك العاقد واذا دفعه الى الشريك الآخر يضمن حصة الشريك العاقد واذا وجد المشتري عيباً في المبيع بعد انفساخ الشركة يعيده الى البائع لا الى الشريك الآخر .

مادة ١٣٥٤ [اذا فسخ الشريكان الشركة واقتسماها على كون النقود الموجودة لواحد والديون التي في الذمم لآخر فلا تصح القسمة وفي هذه الصورة مهما قبض الآخر من النقود الموجودة يكن مشتركاً وما في الذمم من الدين ايضاً يبقى مشتركاً بينهما راجع مادة ١١٢٣]

مادة ١٣٥٥ [اذا اخذ احد الشريكين مقداراً من مال التجارة ومات وهو في حال العمل مجهلاً فتستوفى حصة شريكه من تركته راجع مادة ٨٠١] . لأن

الشريك وكيل في التصرف في مال الشركة ومأمور بحفظ الأعيان المشتركة فعدم بيانه قبل الموت حالة تلك الأموال يعد تجهيلاً لما وجب عليه بيانه وتقصيراً في الذمة في حفظ حصة الشريك وقول المادة راجع مادة ٨٠١ ايماء لبيان حالة الوديع المتوفى قبل تسليم الوديعة لصاحبها بدون بيان حالتها وايماء ايضاً الى ان باقي أحكام المادة المذكورة وارد هنا ٠

***

الفصل الخامس

(في بيان شركه المفاوضة)

جوزت هذه الشركة استحساناً عند الحنفية والمالكية وان اختلفوا في بعض شروطها وفي القياس لا تجوز وهو قول الشافعي ووجهه تضمنها التوكيل بمجهول الجنس والكفالة وكل واحد منهما يوجب الفساد فأن اجتمعا أوجباه من باب أولى أما وجه الاستحسان فهو ما روي عن الرسول صلى الله عليه وسلم (فاوضوا فأنه اعظم للبركة) وقد اعترض على هذا الحديث وقيل بأنه غريب واحسن طريق للاستدلال على مشروعيتها هو أقرار الرسول ما كان يتعاطاه الناس قبل الاسلام منها ٠ وقول الامام الشافعي يتضمن عدم صحة شركة العنان ايضاً مع اتفاق الكل على صحتها ٠

مادة ١٣٥٦ كل مالزم على احد المفاوضين بتجارة او كفالة فهو واجب ولازم على الآخر لأن الشركاء كفلاء بعضهم بعضاً ٠ وكل شيء يثبت لأحد المفاوضين بالتجارة وأمثالها فللآخر قبضه وطلبه لأن الشركاء وكلاء بعضهم بعضاً ٠

فالمسائل المتفرعة عن القاعدة الاولى هي : ١ — [المفاوضان أحدهما كفيل الآخر كما بين في الفصل الثاني فاقرار أحدهما كما ينفذ في حق نفسه يكون نافذاً في حق شريكه فاذا أقر احدهما بدين فللمقر ان يطالب ايهما شاء ومهما تربت دين على أحد المفاوضين من اي نوع كان في المعاملات الجارية في الشركه كالبيع والشراء والأجارة يلزم الآخر ايضاً وكما ان ما باعه احدهما يجوز رده على الآخر بالعيب كذلك ما اشتراه احدهما يجوز ان يرده الآخر بالعيب] ٠

واذا أقر أحدهما لمن لا تقبل شهادتهم له كأصوله وفروعه وزوجته ولو معتدة بطلاق بائن فلا يلزم مفاوضه بهذا الاقرار عند الامام الأعظم وهو الأصح (مادة ١٧٠٠) . واذا أقر بتوليه العقد مع شريكه لا يلزمه الا نصف ما اقرَّ به واذا أقرَّ بأن شريكه تولى العقد الذي نشأ عنه الدين لا يلزم شريكه شيئاً . واذا كفل احد شركاء الشركة احداً ينظر فأذا كانت الكفالة بالأمر يطالب بها الشريك الآخر لأنها معاوضة انتهاء واذا كانت بدون الأمر لا يطالب الشريك لأنها تبرع حالاً ومآلاً أما بقية العقود كالبيع والشراء والاستصناع فهي داخلة في الشركة وكل من الشريكين مسؤل عنها ولو كان غير عاقد وللعاقد لهذه العقود تحليف الشريك العاقد وغير العاقد انما يحلف العاقد بتاتاً والآخر على عدم علمه ولا يكتفى بتحليف احدهما و يشترط لمطالبة الشريك غير العاقد ان تكون العقود عائدة للشركة والا اذا تزوج احد الشركاء واقرَّ بمهر او نفقة او دية او جناية فانها لا ترى على شريكه .

مادة ١٣٥٧ [المأكولات والألبسة وسائر الحوائج الضرورية التي يأخذها احد المفاوضين لنفسه واهله وعياله له خاصة لا حق لشريكه فيها لكن يجوز للبائع مطالبة شريكه بثمن هذه الأشياء بحسب الكفالة ايضاً] . لأن كل شريك يعلم بأن لشريكه حاجات مختصة به منذ عقد الشركة ولذا يقال بأن الشركة تعقد والشريكان عالمان بهذه الاحتياجات وراضيان بأن يطالبا بها لأن شركة المفاوضة تتضمن الوكالة والكفالة الا ان مثل هذا الدفع يخرج الشركة من المفاوضة ويجعلها عناناً لتفاوت رأس المال .

مادة ١٣٥٨ [المفاوضان في شركة الأموال كما ان كونهما متساويين بمقدار رأس مالهما وحصتهما من الربح شرط كذلك عدم وجود فضلة عن رأس مال احدهما تصلح رأس مال شركة يعني النقود والأموال التي في حكم النقود شرط اما اذا كان لأحدهما فضلة عن رأس مال الشركة لا تصلح رأس مال يعني عروضاً او عقاراً او ديناً في ذمة آخر فلا تضر المفاوضة] .

مادة ١٣٥٩ [الشريكان في شركة الأعمال اذا عقدا شركتهما على ان يتقبل

كل واحد منهما اي عمل كان وعلى السوية ضمانهما العمل وتعهدهما وعلى تساويهما في الفائدة والضرر ومهما ترتب بسبب الشركة على احدهما يكون الآخر كفيلاً له فتكون مفاوضة في هده الصورة تجوز مطالبة كل واحد منهما ايهما كان بأجرة الأجير واجرة الدكان واذا ادعى شخص بمتاع وأقرَّ به واحد منهما فيكون أقراره نافذاً وان انكره الآخر] . حتى ولو كان كل واحد منهما يشتغل بدكان غير دكان الآخر ولو كان كل منهما يشتغل غير عمل الآخر كما لو كان احدهما صباغاً والثاني خياطاً . ويشترط لصحة شركة الأعمال أمران احدهما ان يكون العمل مشروعاً لذلك لا تنعقد شركة الاعمال على السرقات والرشوات وثانيهما ان يكون العمل قابلاً للتوكيل وان يكون عامله مستحقاً للأجرة لذلك لا تنعقد شركة الاعمال على التساؤل .

مادة ١٣٦٠ [واذا عقد الشركة اثنان على اخذ المال نسيئةً وبيعه وكون المال المشترى وثمنه وربحه مشتركاً بينهما مناصفةً وكل واحد منهما كفيل الآخر فتكون مفاوضة شركة الوجوه] . ولا يشترط فيها ذكر كونها شركة مفاوضة .

مادة ١٣٦١ [يشترط في عقد المفاوضة ذكر لفظ المفاوضة او تعداد جميع شرائطها واذا عقدت الشركة مطلقة فتكون عناناً] . لأن المفاوضة نادرة الوقوع فأذا لم يصرح بها ولم تذكر شروطها تكون عناناً .

مادة ١٣٦٢ [اذا فقد شرط من الشروط المذكورة في هذا الفصل على الوجه المار ذكره فتنقلب المفاوضة عناناً مثلاً اذا دخل في يد واحد من المفاوضين في شركة الأموال مالاً بالأرث او بطريق الهبة فأذا كان يصلح رأس مال للشركة كالنقود فتقلب المفاوضة عناناً لكن اذا كان ما ليس بمال كالعروض والعقار فلا يضر بالمفاوضة] .

مادة ١٣٦٣ [كل ما كان شرطاً لصحة شركة العنان فهو شرط ايضاً لصحة المفاوضة] . وهو ان يكون المعقود عليه قابلاً للتوكيل وان يكون مقدار الربح معلوماً وجزءاً شائعاً وان يكون رأس المال من قبيل النقود وان يكون الشركاء عاقلين مميزين . اما اهلية الكفالة والتساوي برأس المال والربح وان لا يكون لأحد الشريكين مال غير رأس ماله في الشركة هي شروط في المفاوضة دون العنان .

مادة ١٣٦٤ [كل ماجاز من التصرف للشريكين شركة عنان يجوز ايضاً للمفاوضين] . لذلك يجوز لكل من المفاوضين ان يبيع مال الشركة او يشتري لها المال نقداً او نسيئةً ولكل منهما ايداع مال الشركة وابضاعه والمضاربة به واخذ مصرفه من مال الشركة اذا سافر لقضاء امورها .

وليس للشريك بشركة العنان ان يفعل كل ما يفعله الشريك بشركة المفاوضة لأن شركة المفاوضة اعم فيجوز للشريك المفاوض ان يشارك آخر شركة عنان لحساب شركة المفاوضة ولا يجوز لشريك العنان ان يشارك آخر شركة مفاوضة (هندية) . وكذا يجوز للمفاوضين ان يرهن و يسترهن و يقر بالرهن والارتهان وليس لشريك العنان ذلك .

☆☆☆

❋ الفصل السادس ❋

في حق شركة العنان ويشتمل على ثلاث مباحث

المبحث الأول

في بيان المسائل العائدة الى شركة الأموال

مادة ١٣٦٥ [لا يشترط في الشريكين شركة عنان كون رأسمالهما متساويين بل يجوز كون رأس مال احدهما ازيد من رأسمال الآخر وكل واحد منهما لا يكون مجبوراً على ادخال جميع نقده او ما يمكن ان يكون رأسمال للشركة في رأس المال بل

يجوز ان يعقد الشركة على مجموع او على مقدار منه فبهذه الجهة يجوز ان يكون لهما فضلة عن رأس مالهما تصلح ان تكون رأس مال شركة كنقدهما مثلاً] ويجوز ايضاً ان يكون رأس مال الشركاء مختلف الجنس والقيمة ويجوز تقسم الربح متساوياً او متفاضلاً ويجوز ان تكون شركة العنان مختصة بنوع شركة واحدة خلافاً للمفاوضة .

مادة ١٣٦٦ [كما يجوز عقد الشركة على عموم التجارات كذلك يجوز ايضاً عقدها على نوع تجارةٍ خاصة كتجارة الذخيرة مثلاً] . وكذا يجوز توقيتها بوقت معين كشهر او سنة .

مادة ١٣٦٧ [كيفما شرط تقسيم الربح في الشركة] العنان [الصحيحة] غير الفاسدة [فذلك يراعى على كل حال] . لأن الشركة الفاسدة تقسم فيها الأرباح بالنسبة لرأس المال أما في شركة العنان الصحيحة فيجوز ان تكون الأرباح بنسبة رأس المال او متفاضلة الا اذا كان الشرط مخالفاً للشرع فحينئذٍ يعتبر فاذا فرض زيادة الربح الى الشريك غير العامل وكان رأس مال الشريكين متساوياً فلا يعتبر هذا الشرط وتقسم الأرباح مناصفةً وكذلك اشتراط اعطاء احد الشركاء بشركة الوجوه في مال اشتراه ربحاً زائداً عن حصته لا يعتبر ويكون الربح بنسبة حصتهما واذا اختلف الشركاء وأرادوا قسمة الشركة يتقاسموا النقود أما العروض فأنها تقدر بقيمة وقت شرائها وتوزع الأرباح بينهما .

مادة ١٣٦٨ [يقسم الربح في الشركة الفاسدة على مقدار رأس المال فأذا شرط لأحد الشريكين زيادة فلا تعتبر] لأن الأرباح تقسم متفاضلة بالنسبة للمقاولة فمتى فسدت المقاولة فسد ما هو ضمنها واذا كان رأس المال من احدهما فالربح له وللآخر اجر المثل اذا عمل واذا كان لا رأس مال لهذه الشركة فالربح للعامل فقط . لأن فضل الربح يحصل بالعقد المقوم للأعمال والمقدر لقيم المنافع وحين فساده لا يبقى صالحاً لذلك فينحصر الربح بسبب الأستحقاق وهو رأس المال اما في شركة الاعمال فيستحق فيها كل عامل اجرة عمله متى كانت فاسدة ومن لا عمل له لا أجرة له وما يفسد من شركة الوجوه كصحيحها في كون الربح فيه على قدر الملك وضمان الثمن .

مادة ١٣٦٩ [الضرر والخسار الواقع بلا تعد ولا تقصير منقسم على كل حال على مقدار رأس المال واذا شرط على وجه آخر فلا يعتبر] ولا تبطل الشركة لأنها من العقود التي تصح مع الشروط الفاسدة وتكون الشروط ملغاة وقد ورد في الحديث (الربح على ما شرطا والوضيعة على قدر المالين) . لأن الخسار امر حسي لا يمكن اضافته لغير سببه الحسي وهو متصل بالمال على نسبة ما فيه من حصص الشركاء .

مادة ١٣٧٠ [اذا شرط الشريكان تقسيم الربح بينهما على مقدار رأس المال سواء كان رأس المال متساوياً او متفاضلاً فيكون صحيحاً ويقسم الربح بينهما على مقدار رأس المال كما شرط سواء شرط عمل الأثنين او شرط عمل الواحد وحده الا انه اذا شرط عمل واحدٍ فيكون رأس مال الآخر في يده في حكم البضاعة] .

انما يشترط في هذه المادة ان لا يكون الشريك غير العامل والذي رأس ماله مساو او اقل من رأس مال شريكه مستحقاً لحصة من الربح اكثر من حصة شريكه اذ تكون هذه الحصة بدون مقابل . ويقسم الربح بينهما بنسبة رأس مال كل منهما وفي ما عدا ذلك لهما يقسم الربح كيفما شاءا وأرادا .

مادة ١٣٧١ [اذا تساوى الشريكان في رأس المال وشرطا من الربح حصة زائدة لأحدهما مثلاً كثلثي الربح وكان ايضاً عمل الأثنين مشروطاً فالشركة صحيحة والشرط معتبر (راجع المادة ١٣٤٥)] لأن الزائد من الربح عن قدر المال هو قيمة عمل من كان امهر في العمل . [اما اذا شرط عمل احدهما وحده فينظر ان كان العمل مشروطاً على الشريك الذي حصته من الربح زائدة فكذلك الشركة صحيحة والشرط معتبر ويصير ذلك الشريك مستحقاً ربح رأس ماله بماله والزيادة بعمله لكن حيث كان رأس مال شريكه في يده في حكم مال المضاربة كانت الشركة

شبه المضاربة وان كان العمل مشروطاً على الشريك الذي حصته من الربح قليلة فهو غير جائز ويقسم الربح بينهما على مقدار رأس المال لأنه اذا قسم الربح على الوجه الذي شرطاه فلا يكون شيء مقابل من مال او عمل او ضمان الى الزيادة التي يأخذها الشريك الذي لم يعمل واستحقاق الربح انما هو بواحد من هذه الأمور الثلاثة راجع مادة ١٣٤٧ ومادة ١٣٤٨] .

واذا اشترط ان يكون الربح جميعه لأحد الشريكين لا يجوز واذا اشترط للعامل يكون قرضاً واذا اشترط لرب المال يكون بضاعة . وهذا متفق عليه بين الأئمة في الصور الثلاثة وخالف زفر ومالك والشافعي في حكم الصورة الأولى من هذه المادة والتي بعدها لأن زيادة الربح فيها غير مضافة للملك ولا ضمان الا ان العمل لما كان يتقوم بالعقد كان هذا القول بعيداً لنظريات الحقوق العامة .

مادة ١٣٧٢ [اذا اشترط تقسيم الربح على التساوي بين الشريكين اللذين رأس مالهما متفاضل مثلاً رأس مال احدهما مائة الف قرش ورأس مال الآخر مائة وخمسون الفاً فيكون شرط اخذ حصة الزيادة من الربح بالنسبة الى الذي رأس ماله قليل كشرط زيادة الربح الى احد الشريكين المتساويين في رأس المال فاذا شرط عمل الأثنين او عمل الشريك ذي الحصة الزائدة من الربح يعني قليل رأس المال فتكون الشركة صحيحة والشرط معتبراً وان شرط عمل ذي الحصة القليلة من الربح يعني الشريك الذي رأس ماله كثير فهو غير جائز ويقسم الربح بينهما على مقدار رأس مالهما] . لأن الشريك الآخر يكون استحق الربح بدون عمل وبرأس مال قليل وهذا لا يجوز .

مادة ١٣٧٣ [يجوز لكل واحد من الشريكين ان يبيع مال الشركة سواء

كان بالنقد او بالنسيئة بما قل او كثر] وللمفاوض ان يبيع مال الشركة لمن لاتقبل شهادتهم له خلافاً للوكيل بالبيع ٠

مادة ١٣٧٤ [يجوز لأحد الشريكين ايهما كان حال كون رأس مال الشركة في يده ان يشتري الأموال بالنقد او بالنسيئة لكن اذا اشترى مالاً بالغبن الفاحش فلا يكون المال للشركة بل يكون له] ٠ لأن ذلك لا يعد من التجارة في العرف ٠ وفي مجمع الأنهر الشريك وكيل يرجع على شريكه بحصته من ثمن المبيع الذي اشتراه ولو دفع ثمنه منه واذا هلك المبيع واثبت الشريك شرائه يرجع على شريكه بحصته من الثمن ٠

وقد أجازت المجلة للشريك بأن يبيع مال الشركة ولو بالغبن الفاحش ومنعته من الشراء بالغبن الفاحش لأن الشريك يمكنه ان يشتري المال لنفسه ومتى رأى نفسه مغبوناً فيه يدعي شرائه للشركة خلافاً للبيع فانه محصور بمال الشركة ولا يتصور فيه ما يتصور الشراء ٠

مادة ١٣٧٥ [لا يجوز لأحد الشريكين الذي ليس في يده رأس مال الشركة ان يشتري مالاً لأجل الشركة فأن اشترى يكن ذلك المال له] ٠

لأن شرائه على هذا الوجه اذا صح بحق الشريك يوجب اجباره للشريك بالأستدانة والدفع والشريك بشركة العنان ليس له الأستدانة والأستقراض اما لو اشترى الشريك مثل هذا المال وقال له شريكه اشركني به فشاركه وسلمه اياه يكون باعه نصفه بالتعاطي ولا يكون الشريك ملك النصف لمجرد الشركة ٠

مادة ١٣٧٦ [اذا اشترى احد الشريكين بدراهم نفسه شيئاً ليس من جنس تجارتهما] من شريكه او من اجنبي [فيكون ذلك الشيء له خاصة ليس لمشاركه منه حصة لكن مع كون رأس مال الشركة في يد احدهما اذا اشترى مالاً من جنس تجارتهما ولو بمال نفسه فيصير للشركة] لأنه وكيل بالشراء والوكيل بالشراء ليس له الشراء لنفسه ولو اشهد ٠ [مثلاً اذا عقد الشركة اثنان على تجارة البز فاشترى

« م ١٧ »

احدهما حصاناً بمال نفسه فيكون له وليس لشريكه حصة في ذلك الحصان لكن اذا اشترى ثوب بز فيكون للشركة ولو اشهد حال شرائه بأن قال هذا الثوب اشتريته لنفسي ليس لشريكي فيه حصة لا يفيد ويكون ذلك الثوب مشتركاً بينه وبين شريكه] .

مادة ١٣٧٧ [حقوق العقد انما تعود الى] الشريك [العاقد] . لأن شركة العنان لا تتضمن الكفالة فلا يطلب الشريك غير العاقد بفعل شريكه . اما حقوق العقد فهي قبض المال المشترا واداء ثمنه وقبض ثمن المبيع وتوكيل آخر بقبضه وتأجيل ثمن المبيع وهبته الى المشتري وابراؤه منه وحط ثمن المبيع بمقابل العيب ورد المال المباع بخيار العيب والاقرار بالعيب .
[فاذا اشترى احد الشريكين مالا فقبضه مع تأدية ثمنه فيكون لازماً عليه وحده فمن هذه الجهة كان ثمن المال الذي اشتراه احدهما انما يطالب به هو ولا يطالب شريكه وكذا احد الشريكين اذا باع مالا فقبض ثمنه انما هو حقه ومن الجهة اذا ادى المشتري ثمنه الى الشريك الآخر فيكون بريئاً من حصة الشريك الذي قبض الثمن وحده ولا يبرأ من حصة الشريك العاقد وكذا اذا وكل الشريك العاقد شخصاً في قبض ثمن المال الذي باعه فليس لشريكه عزله لكن اذا وكل احد الشريكين شخصاً في بيع او شراء او اجارة فللشريك الآخر عزله] . وكذا اذا اجل الشريك العاقد ثمن المبيع يعتبر بحق الشركة واذا اجل الشريك غير العاقد لا يعتبر واذا بيع المال من الشريكين معاً فليس لأحدهما تأجيل الثمن بدون رضاء الآخر . وكذا للشريك هبة المشتري وابرائه من ثمن مال الشركة المباع له عند الطرفين ويضمن الشريك حصة شريكه وليس لغير العاقد ان يهب او يبرئ اكثر من حصته وكذلك الحط او التنزيل .

مادة ١٣٧٨ [الرد بالعيب ايضاً من حقوق العقد فما اشتراه احد الشريكين ليس للآخر رده بالعيب وما باعه احدهما لا يرد بالعيب على الآخر] . وذلك لأن محصل الرد بالعيب هو ثبوت حق نقض الملك وهذا يثبت لمن باشر العقد .

مادة ١٣٧٩ [كل واحد من الشريكين له ايداع وابضاع] واعارة مال الشركة وتوكيل الآخر بالقبض والسفر بمال الشركة والبيع بالنقد والنسيئة والحط والتنزيل [واذا كان شريكاً مفاوضاً فله الرهن والأقرار بالرهن] واستئجار الأجير لحفظ مال الشركة واهداء المال القليل من [مال الشركة وله ان يعطيه مضاربة] لأن المضاربة اقل من المفاوضة والعنان [وله عقد الأجارة مثلا له استئجار دكان واجير لأجل حفظ مال الشركة] كل ذلك اذا لم يكن منهياً من شريكه [لكن ليس له ان يخلط مال الشركة بماله ولا ان يعقد شركة مع آخر بدون اذن شريكه فان فعل وضاع مال الشركة يكن ضامناً حصة شريكه] لأن كل واحد من الشركاء يملك على الشركة في جميع انواعها من التصرفات ما هو من وسائل التجارة وما هو من العقود التجارية دون الشركة ٠

مادة ١٣٨٠ [لا يجوز لأحد الشريكين ان يقرض آخر مال الشركة مالم يأذن شريكه] له لأن الأدانة ليست من التجارة [لكن له ان يستقرض لأجل الشركة] لأن الأستقراض مبادلة انتهاء وتجارة [ومهما استقرض احدهما من الدراهم يكن دين شريكه ايضاً بالأشتراك] لكن الدائن ليس له الا مطالبة الشريك المستقرض لأنه هو العاقد فأذا ادعى الشريك بأن المال الموجود بيده للشركة هو لدائن كان استقرضه منه او ادعى ان قسماً من المال الموجود بيده له يصدق لأن الشريك امين اما اذا كان لا مال بيده فلا يصدق بقوله ويجب على الدائن اثبات مدعاه ولا يسري اقرار الشريك على شريكه باستهلاك مبلغ القرض (مادة ١٣٨٤) وقد اختلف الفقهاء بجواز الأستقراض من الشريك ووجه اختلافهم يظهر فيما اذا هلك المبلغ المستقرض حيث يضمنه المستقرض وحده عند من رأى عدم جواز الأستقراض وتضمنه الشركة عند من قال بجوازه ٠

مادة ١٣٨١ [اذا ذهب احد الشريكين لديار اخرى لأجل امور الشركة فيأخذ مصرفه من مال الشركة] اذا كان مأذوناً بالسفر صراحة او مفوضاً تفويضاً عاماً على

شرط ان تكون الديار التي ذهب اليها بعيدة مسافة السفر فلو ذهب لمحل يمكنه الرجوع منه لأهله بلا مشقة لا تحسب له نفقة وكذا لو سافر لشغل نفسه و بأثناء ذلك عمل عملاً للشركة يكون مصرفه عليه خاصة ·

مادة ١٣٨٢ [اذا فوض احد الشريكين] بشركة المفاوضة [امور الشركة الى رأي الآخر قائلاً اعمل برأيك او اعمل ما تريد فله ان يعمل كل شيء من توابع التجارة فيجوز له رهن مال الشركة] بمقابل دين الشركة [والأرتهان] بمقابل ما للشركة من الدين عند الآخرين [لأجلها والسفر بمال الشركة] سواء كان المال يحتاج حمله لمؤنة او لا يحتاج [وخلط مال الشركة بماله وعقد الشركة مع آخر لكن لا يجوز له اتلاف المال ولا التمليك بغير عوض] ولا الأقراض [الا بصريح اذن شريكه مثلاً لا يجوز له ان يقرض مال الشركة ولا ان يهب منه الا بصريح اذن شريكه] · سواء كانت الشركة شركة مفاوضة او شركة عنان واذا كانت الشركة مفاوضة فللشريك التصرف بدون اذن شريكه ماعدا الأستهلاك والتمليك بغير عوض وكذا بشركة العنان فللعاقد من الشركاء ان يتصرف فيما عدا الأستهلاك والتمليك بدون العوض ولو بدون اذن شريكه أما الشريك العاقد اذا باع مال الشركة ووهب الثمن الى المشتري او ابرأه منه يجوز له ذلك ويضمن الى شريكه ما وهبه · وكذلك يجوز للشريك ان يهب المال اليسير كالخبز واللحم من مال الشركة ولا يضمن حصة شريكه لأن ذلك معتاد ومتعارف ·

مادة ١٣٨٣ [اذا انهى احد الشريكين الآخر بقوله لا تذهب بمال الشركة الى ديار اخرى ولا تبع المال نسيئة فلم يسمع وذهب الى ديار اخرى او باع نسيئة فيضمن حصة شريكه من الخسار الواقع] لأنه بمخالفته هذه اصبح غاصباً واذا ربح يكون تمام الربح له واذا خسر يضمن جميع الخسار · واذا عاد بالمال الى بلد العقد تعود له يد الأمانة واذا نهاه شريكه عن البيع بالنسيئة و باع يكون البيع نافذاً بحصته وموقوفاً بحصة شريكه فأذا لم يجز الشريك هذا البيع يفسخ ·

مادة ١٣٨٤ [اقرار احد الشريكين شركة عنان بدين] او بعين [في معاملاتها لا يسري الى الآخر فاذا أقر بأن هذا الدين] او هذا العين [انما لزم بعقده ومعاملته خاصةً فيكون ايفاؤه بتمامه لازماً عليه وان اقرّ بأنه دين لزم في معاملتهما معاً يكون لازماً عليه تأدية نصفه وان اقرّ بأنه دين لزم معاملة شريكه خاصة لا يلزمه شيء]. لأن شركة العنان لا تتضمن الكفالة والأقرار لا يسري على غير المقر.

***

« المبحث الثاني »

(في بيان مسائل عائده الى شركة الأعمال)

هذا النوع من الشركة مشروع عند ابي حنيفة وفريق من الفقهاء ومن جملتها استحقاق الغنائم بالحرب باشتراك العمل وقال زفر والشافعي بعدم مشروعيته اصلاً لأن الشركة انما هي على المال والمضاربة خارجة عن القاعدة للنص والاجماع عليها والحاجة اليها ، فأقول ان أقرار الرسول عمل الصحابة بتقسيم الغنائم هو حجة عليهما ايضاً والحاجة ماسة الى هذه الشركة اكثر من غيرها عند فقدان رؤوس الأموال.

مادة ١٣٨٥ [شركة الأعمال عبارة عن عقد شركة على تقبل الأعمال] لمدة و بدونها وبمكان واحد او بأمكنة متعددة سواء كان الشركاء عالمين بالصنعة المتفق عليها او غير عالمين انما يجب ان تكون الشركة معقودة على صنعة حلال لا ان تكون منعقدة على الغصب والسرقة او الغناء والتنجيم. ويجب ان تكون معقودة على ماتصح به الوكالة لذلك لا تعقد شركة الأعمال على التساؤل والشهادة واكتساب المباحات واخراج المعادن والمجوهرات (مجمع الأنهر). ويجب على الشركاء ان لاينفوا صلاحية العمل عن احدهم اما لوشرط العمل على احدهم لانفسخ الشركة.

[فالأجيران المشتركان يعقدان الشركة على تعهد والتزام العمل الذي يطلب ويكلف من طرف المستأجرين سواء كانا متفاضلين او متساويين في ضمان العمل يعني

سواء عقدا الشركة على تعهد العمل وضمانه متساوياً او شرطا ثلث العمل مثلاً لأحدهما والثلثان للآخر والأجرة لهما معاً] .

مادة ١٣٨٦ [يجوز لكل واحد من الشريكين تقبل العمل وتعهده و يجوز ايضاً ان يتقبل واحد وآخر يعمل و يجوز ايضاً للخياطين المشتركين شركة صنائع ان يتقبل احدهما المتاع و يقصه والآخر يخيطه] ولا تصح هذه الشركة اذا شرط العمل على المتقبل وحده حيث لا يوجد من الآخر لا عمل ولا ضمان يستحق الربح بمقابله .

مادة ١٣٨٧ [كل واحد من الشريكين وكيل الآخر في تقبل العمل فالعمل الذي تقبله احدهما يكون ايفاؤه لازماً عليه وعلى شريكه ايضاً فعنان شركة الأعمال في حكم المفاوضة في ضمان العمل حيث ان العمل الذي تقبله احد الشريكين يطلب ايفاؤه المستأجر من ايهما أراد وكل واحد من الشريكين مجبور على ايفائه فليس لأحدهما ان يقول هذا العمل تقبله شريكي فأنا لا أخالطه] . لأنهما وكلاء لبعضهما بعضاً وأقرار احدهما بقبض الأجرة يسري على الشركة لانها كالمفاوضة (بحر) .

مادة ١٣٨٨ [عنان شركة الأعمال في حكم المفاوضة في اقتضاء البدل ايضاً يعني يجوز لكل واحد من الشريكين مطالبة المستأجر بتمام الأجر واذا دفعه المستأجر الى اي منهما بريئ] . لأن كل واحد منهم مسؤل بالعمل وله صلاحية الأستيفاء تتميماً للمفاوضة و بعده يجب على القابض تسليم الشريك حصته .

مادة ١٣٨٩ [لا يجبر احد الشريكين على ايفاء ما تقبله من العمل بالذات بل ان شاء يعمله بيده وان شاء يعرضه لشريكه او لآخر لكن ان شرط المستأجر عمله بالذات يلزمه حينئذ عمله راجع المادة ٥٧١] والأصل ان بيان العامل ليس يشرط واذا تعين يجب اعتبار التعيين والتخصيص لتفاوت أبناء الصنعة الواحدة في درجات اتقانها .

مادة ١٣٩٠ [يقسم الربح الشركاء بينهم على الوجه الذي شرطوه يعني ان شرطوا تقسيمه متساوياً يقسموه متساوياً وان شرطوا تقسيمه متفاضلاً كالثلث والثلثين مثلاً تقسم حصتين وحصة]. سواء كانت الحصة الكثيرة للشريك العامل او للشريك غير العامل لأن الشريك غير العامل يستحق الربح بتقبل العمل وهذا منحصر بشركة العنان اما شركات المفاوضة فيجب تقسيم الربح فيها بالتساوي .

مادة ١٣٩١ [اذا شرط التساوي في العمل والتفاضل في الكسب كان جائزاً مثلاً اذا شرط الشريكان ان يعملا متساويين وان يقسما الكسب حصتين وحصة كان جائزاً لأنه يجوز ان يكون احدهما امهر في صنعته واصنع في العمل].
وكذلك يجوز ان يكون صاحب الحصة الزائدة من الربح اقل مهارة واقل عملاً من شريكه الآخر.

مادة ١٣٩٢ [الشريكان بضمان العمل يستحقان الأجرة فاذا عمل احد الشريكين وحده والآخر لم يعمل كما لو مرض او ذهب الى محل او جلس بطالاً فيقسم الربح والأجرة بينهما على الوجه الذي شرطاه].

مادة ١٣٩٣ [اذا تلف او تعيب المستأجر فيه بصنع احد الشريكين فيكون ضامناً بالأشتراك مع الشريك الآخر والمستأجر يضمن ماله ايا شاء منهما ويقسم هذا الخسار بين الشريكين على مقدار الضمان مثلاً اذا عقدا الشركة على تقبل الأعمال وتعهدها مناصفة فيقسم الخسار ايضاً مناصفة واذا عقدا الشركة على تقبل الأعمال وتعهدها ثلثين وثلثاً يضمن الخسار ايضاً حصتين وحصة].

مادة ١٣٩٤ [عقد شركة الحمالين على التقبل والعمل على الأشتراك صحيح]
واذا عقدوا الشركة على العمل فقط تكون فاسدة لعدم شرط التقبل واذا عقدت الشركة بينهم على التقبل والعمل لا يشترط في العمل تقبلهم جميعاً.

مادة ١٣٩٥ [اذا عقد الشركة اثنان بأن يقبلا العمل على ان الدكان من احدهما والآلات والأدوات من الآخر فيصح] . وتصح هذه الشركة بجميع أنواع الصنائع . واذا عقدت الشركة بين اثنين على ان تكون الأدوات من احدهما والعمل من الآخر فلا تصح الشركة والأجرة للعامل ولصاحب الأدوات اجر المثل لأن هذه الشركة تكون من احد الشريكين عملاً ومن الآخر عيناً فلا تنطبق على شركة الاعمال .

مادة ١٣٩٦ [اذا عقد اثنان شركة الصنائع على ان الدكان من احدهما ومن الآخر العمل فيصح راجع مادة ١٣٤٦]

واعلم بأن الشركة المنعقدة بظاهر هذه المادة هي شركة فاسدة ويجب تقييدها بتقبل صاحب الدكان العمل على ما هو مفهوم من المادة ١٣٤٦ المستند اليها في هذه المادة ولا يجوز اذاً العمل فيما جاء في هذه المادة وقد جاء في البحر له سفينة فاشترك مع اربعة على ان يعملوا فيها فالربح له وعليه اجر مثلهم .

مادة ١٣٩٧ [اذا عقد اثنان شركة الأعمال لأحدهما بغل وللآخر جمل على تقبل وتعهد نقل الحمولة متساوياً فيصح ويقسم الكسب الحاصل والأجرة بينهما مناصفةً . ولا ينظر الى زيادة حمل الجمل لأن استحقاق البدل في شركة الأعمال يكون بضمان الشريكين العمل لكن اذا لم يعقد الشركة على تقبل العمل بل على ايجار الجمل والبغل عيناً وتقسم الأجرة الحاصلة بينهما فالشركة فاسدة واي يؤجر من بغل او جمل تكون اجرته عائدة الى صاحبه لكن اذا اعان احدهما الآخر في التحميل والنقل فيأخذ اجر مثل عمله] . بالغاً ما بلغ عند محمد . ويشترط ان لا يتجاوز اجر مثله نصف الأجرة المأخوذة عن الدابة عند ابي يوسف واذا آجرا الدابتين صفقةً واحدةً وبعقدٍ واحد يقتسما الأجرة بنسبة اجر مثل الدابتين

مادة ١٣٩٨ [اذا عمل شخص في صنعة هو وابنه الذي في عياله فكافة الكسب

لذلك الشخص وولده يعد معيناً له كما اذا أعان شخصاً ولده الذي في عياله حال غرسه شجرة فتلك الشجرة تكون للشخص ولا يكون ولده مشاركاً له].

وكذا لو ادعى الأولاد الذين في عيال ابيهم بأن موجودات الدار لهم لا يصدقوا بدون بينةٍ ولا يملكوا سوي لبس بدنهم . اما اذا كان الولد يشتغل بصنعة غير صنعة ابيه او كان ورث احداً او كان ساكناً منفرداً عن ابيه لا بعياله فلا يكون ربحه لأبيه ولا يقال بأن لا مال له . وكذا الحكم في الزوجة الساكنة مع زوجها فأنها تعد من عياله وكسبها له وتعد معينةً له . ومثل الأبن الأخ الصغير مع الكبير والزوجة مع الزوج اذا لم يكن ذا صنعة خاصة وكذا من كان ليس في العيال من الأولاد والأخوان اي من كان قادراً على الكسب لنفسه وسقطت نفقته يستحق اجر المثل .

***

(المبحث الثالث)

(في بيان مسائل عائدة الى شركة الوجوه)

لقد اغفلت المجلة تعريف هذا النوع من الشركات اكتفاء بما ذكرته ضمن التقسيم في المادة ١٣٣٢ ولم تكتف بمثل ذلك في شركة الأعمال لأنها غامضة بالنسبة الى هذه الشركة وقد اختلف الفقهاء بمشروعية هذه الشركة فقال مالك والشافعي بعدم مشروعيتها لأنه ليس فيها مال ولا عمل مع وجود الغرر بعدم محدودية الكسب الحاصل منها لا لصناعة ولا لعمل معين وقال ابو حنيفة بمشروعيتها لأنها تحتوي على عمل وهو الدخول في عقود الاسترباح وهذا هو الصواب الموافق لأحتياجات العصر .

مادة ١٣٩٩ [كون حصة الشريكين على التساوي في المال المشترى ليس بشرط مثلاً كما يجوز كون ما اخذاه من المال بينهما على المناصفة يجوز ايضاً ان يكون ثلثين وثلث] .

مادة ١٤٠٠ [استحقاق الربح في الوجوه انما هو بالضمان] اي بضمان الثمن .

مادة ١٤٠١ [ضمان ثمن المال المشترى يكون بالنظر الى حصة الشريكين فيه]
اما المطالبة فتنحصر بالشريك العاقد وله الرجوع على شريكه ٠

مادة ١٤٠٢ [تكون حصة كل واحد من الشريكين في الربح بقدر حصته في المال المشترى واذا شرط الى واحد زيادة على حصته في المال المشترى فيكون الشرط لغواً ويقسم الربح بينهما على مقدار حصتهما من المال المشترى مثلاً اذا شرط كون الأشياء المأخوذة بينهما مناصفة فيكون الربح ايضا بينهما مناصفة وان شرط كونها ثلثين وثلثا كان الربح ايضا ثلثين وثلثا لكن في حال مشروطية الأشياء على النصفية اذا شرطا تقسيم الربح ثلثين وثلثا فهذا الشرط لا يعتبر ويقسم الربح بينهما مناصفة] ٠
وبهذا تفترق شركة الوجوه عن شركة العنان

مادة ١٤٠٣ [يقسم الضرر والخسار في كل حالٍ على مقدار حصة الشريكين في المال المشترى سواء باشروا عقد الشراء بالأتحاد او باشره احدهما وحده مثلاً الشريكان شركة وجوه في صورة خسارهما في الأخذ والأعطاء اذا عقدا الشركة على النصفية بينهما في المال المشترى فيقسم الخسار بينهما ايضا على التساوي واذا عقدا الشركة على كون الحصة ثلثين وثلثا في المال المشترى يقسم الضرر والخسار ايضا ثلثين وثلثا سواء اشتريا المال الذي خسرا فيه بالأتحاد او اشتراه احدهما وحده لأجل الشركة] لأن الشركة تتضمن الوكالة في جميع انواعها ٠

***

«الباب السابع»

(في حق المضاربة ويشتمل على ثلاثة فصول)

المضاربة ثابتة بالسنة لأن النبي عليه الصلاة والسلام اقر الناس على شركة المضاربة ولم ينههم عنها وثابتة ايضاً بالأجماع لأن اكثر الصحابة تعاملوا بها وثابتة ايضاً بالأحتياج لأن الفقير العامل يحتاج الى دراهم ونقود الغني فتنعقد مثل هذه الشركات التي تعود بالربح على الفقير لعمله وعلى الغني لماله .

﴿الفصل الأول﴾

(في بيان تعريف المضاربة وتقسيمها)

مادة ١٤٠٤ [المضاربة نوع شركة] في الربح [على ان رأس المال من طرف والعمل من الطرف الآخر ويقال لصاحب رأس المال رب المال وللعامل مضارب] فتنعقد من اثنين فأكثر كما يستفاد من عبارة (ان رأس المال من طرف والربح من طرف آخر) المذكورة في هذه المادة . ويجب فيها ان يكون العمل من المضارب فقط فاذا اشترط على ان يكون العمل من رب المال تفسد المضاربة وتنقلب الى قرض اذا اشترط الربح كله الى المضارب والى بضاعةٍ اذا اشترط الربح الى رب المال ويجب ان يكون الاشتراك في الربح لا برأس المال فاذا اشترط ان يكون للمضارب حصة من رأس المال فسدت المضاربة .

مادة ١٤٠٥ [ركن المضاربة الأيجاب والقبول مثلاً اذا قال رب المال للمضارب خذ هذا رأس مال مضاربة فاسع واعمل على ان الربح بيننا مناصفةً او ثلثين وثلثاً او قال قولاً يفيد معنى المضاربة كقولهم خذ هذه الدراهم واجعلها رأس مالٍ والربح بيننا على نسبة كذا مشترك وقبل المضارب فتكون المضاربة منعقدة .]

واذا لم يقولا قولاً يفيد المضاربة ولم يذكرا شروطها كالعمل من احدهما واتفاقهما على الربح لا تنعقد المضاربة ويكون العقد اجارة فاسدة فيستحق الأجير اجرة عمله ويكون ممنوعاً من بيع ما اشتراه بدون اذن صاحب المال .

مادة ١٤٠٦ [المضاربة قسمان احدهما مضاربة مطلقة والآخر مضاربة مقيدة]

التقييد عزل نوعي يجب وقوعه عند عقد المضاربة او اثناء الشركة عند ما يكون رأس المال نقوداً والا لا يعتبر كمن اشترط على شريكه ان لا يبيع نسيئةً فاذا وقع هذا التقييد حين العقد او لما كان رأس المال نقوداً يعتبر واذا وقع لما صار رأس المال عروضاً لا يعتبر لأنه عزل والمضارب لا يعزل ومال الشركة عروض ويعتبر التقييد بحق النقود الموجودة .

ويجب على المضارب مراعاة التقييد اذا كان مفيداً والا لا كالنهي عن البيع نقداً فأنه لا يعتبر ويكون النهي تارةً مفيداً من جهة كالأمر بالبيع بأحدى شوارع المدينة دون غيرها فحكمه على ما سيأتي في هذا الكتاب .

مادة ١٤٠٧ [المضاربة المطلقة هي التي لا تتقيد بزمان ولا مكان ولا نوع تجارة ولا بتعيين بائع ولا مشترٍ واذا تقيدت بواحد من هذه فتكون مضاربةً مقيدةً مثلاً اذا قال في الوقت الفلاني او في المكان الفلاني او اشتر الأموال الفلانية او عامل فلاناً وفلاناً او اهالي البلدة الفلانية فتكون المضاربة مقيدةً] .

واذا اختلف رب المال والمضارب بالتقييد وعدمه فقال رب المال قيدتك بنوع من التجارة وقال المضارب لا انا مطلق فالقول للمضارب مع اليمين لأن الأصل في المضاربة الأطلاق واذا اقاما البينة ينظر فاذا كانا يدعيا العقد بتاريخ واحد فالبينة لرب المال واذا ادعيا العقد بتواريخ مختلفة فالبينة بينة مدعي التاريخ المؤخر . واذا اتفقا على التقييد واختلفا بنوعه فاذا قال رب المال اذنتك بأن تشترى سكراً وقال المضارب لا اذنتني بأن اشتري صابوناً فالقول قول رب المال لانه هو المسلم وهو الآذن والبينة للطرف الآخر ما لم يعينا تواريخ مختلفة فتعتبر اذ ذاك البينة المؤخرة التاريخ .

٭ ٭ ٭

﴿ الفصل الثاني ﴾

(في شروط المضاربة)

شروط المضاربة هي اهلية رب المال للتوكيل واهلية المضارب للوكالة وان يكون رأس المال ثمناً ومعلوماً عند العاقدين ومن الأعيان وان يسلم الى المضارب وان يكون الربح شائعاً وان تكون حصة رب المال والمضارب من الربح معلومة عند العقد وان تكون حصة المضارب من الربح فقط .

كل شرط يوجب الجهالة في الربح او يوجب كل العمل او قسما منه على رب المال او يجعل حصة الارباح مرددةً يفسد المضاربة والا يكون الشرط باطلاً والمضاربة منعقدة كاتفاق الشريكين على ان يكون الخسار على المضارب او عليهما .

مادة ١٤٠٨ [يشترط اهلية رب المال للتوكيل والمضارب للوكالة] .

مادة ١٤٠٩ [شرط رأس المال كونه مالاً صالحاً لرأس مال الشركة راجع الفصل الثالث من باب شركة العقد فلا يجوز ان يكون العروض والعقار والدين في الذمم رأس مال في المضاربة لكن رب المال اذا اعطى شيئاً من العروض للمضارب وقال بع هذا واعمل بثمنه مضاربة وقبل المضارب وقبض ذلك المال فباعه واتخذ نقود ثمنه رأس مال للأخذ والإعطاء فتكون المضاربة صحيحة كذا اذا قال اقبض الدين الذي لي في ذمة فلان وقدره كذا قرشاً واستعمله على طريق المضاربة وقبل فتكون صحيحة] .

ولا يجوز اتخاذ الدين الثابت بذمة المضارب ايضاً رأس مال خلافاً للمال المغصوب والمودوع والمستبضع ولا تعقد المضاربة بتقويم العين بمبلغ وتسليمها الى المضارب وتكليفه بان يتاجر بثمنها .

مادة ١٤١٠ [تسليم رأس المال الى المضارب شرط] لأن العمل يجب ان يكون من المضارب والعمل لا يكون الا بقبض المال ولأن المضارب امين والأمانة لا تتم الا

بالتسليم . واذا اشترط عمل رب المال مع المضارب تفسد المضاربة لأن عمل رب المال يوجب ابقاء رأس المال او قسم منه لديه وهذا يوجب فساد المضاربة لكن عقد المضاربة حسب وصايته على الصغير مع المضارب واشترط عليه استخدام الصغير يكون افسد المضاربة وجعل المضارب مستحقاً لأجر المثل اما لو عمل رب المال مع المضارب بدون شرط العمل او لو سلم المضارب رب المال شيئاً من رأس المال بدون شرط حين العقد يصح ولا تفسد المضاربة .

مادة ١٤١١ [يشترط في المضاربة كشركة العقد كون رأس المال معلوماً وتعيين حصة العاقدين من الربح جزءاً شائعاً كالنصف والثلث لكن اذا عبر بالشركة على الاطلاق كقوله والربح مشترك بيننا فيكون مصروفاً الى المساواة ويقسم الربح مناصفة بين رب المال والمضارب] .

ويجب ١ً — ان تكون حصة الربح الى العاقدين فلو اشترطت الى غيرهم او الى ازواجهم فالشرط باطل ٢٠ً — يجب ان تكون حصة المضارب من الربح فقط ٣٠ً — يجب ان يكون رأس المال معلوماً اما بالأشارة واما بالتوصيف واذا اختلفا بمقداره وكان المال بيد المضارب فالقول قوله . وكذا اذا اختلفا بصفة رأس المال كقول احدهم ان رأس المال فضة وقول الآخر انه ذهب فالقول للمضارب ايضاً . واذا اختلفا بالحصة من الربح فقال رب المال اتفقنا على ان يكون الثلث لك وقال المضارب اتفقنا على ان يكون النصف لي فالقول قول رب المال لان تعيين الربح في الاصل يستفاد من جهته ٤ً — يجب ان يكون الربح جزءاً شائعاً . ٥ — يجب ان يكون الربح معيناً . لذلك كل شرط يؤدي الى الجهالة في الربح يفسد المضاربة وكل شرط لا يوجب الجهالة في الربح لا يفسدها (راجع مادة ١٤٠٨) .

مادة ١٤١٢ [اذا فقد شرط من هذه الشروط المذكورة مثلاً اذا لم تكن حصة العاقدين من الربح جزءاً شائعاً بل تعين لأحدهما من الربح كذا قرشاً] او اشتراط ان يكون العمل على رب المال وان يكون راس المال بيد رب المال [فتفسد المضاربة]

***

﴿ الفصل الثالث ﴾

(في بيان احكام المضاربة)

المضارب امين ووكيل رب المال بالتصرف بمال الشركة وشريك رب المال بالربح عند حصوله وغاصب اذا خالف شروط رب المال ومستقرض اذا اشترط الربح كله له ومستبضع اذا اشترط الربح كله لرب المال واجير اذا كانت المضاربة فاسدةً .

مادة ١٤١٣ [المضارب امين اذا لم يخالف فرأس المال في يده في حكم الوديعة ومن جهة تصرفه في رأس المال هو وكيل رب المال واذا ربح فيكون شريكا فيه]

الا اذا أُقرض المضارب جانباً من رأس المال وسلم له وعقدت الشركة معه على الباقي شركة عنان يصير ضامناً للخسار ايضاً وقد ورد في هذه المادة بأن المضارب وكيل رب المال في عمله فلو باع المضارب مالاً واستحق ورجع المشتري على المضارب وضمنه اياه من ماله لعدم وجود مال للمضاربة بيده فيرجع المضارب على رب المال بما دفعه .

المضارب وان كان وكيلاً الا انه يرجع على رب المال بمثل الثمن اذا تلف في يده ولو مراراً عديدة خلافاً للوكيل بالشراء . فأذا تلف الثمن في يده بعد الشراء يدفعه من ماله والسبب في ذلك هو ان الوكيل بالشراء بعد الشراء يصير مديوناً بثمن المبيع الى البائع ويصير الموكل مديوناً له بالثمن فأذا قبضه يكون استوفى دينه واذا هلك يهلك على الوكيل لا على الموكل .

مادة ١٤١٤ [المضارب في المضاربة المطلقة بمجرد عقد المضاربة يكون مأذوناً بالعمل في لوازم المضاربة والاشياء التي تتفرع عنها فأولاً يجوز له البيع والشراء] حتى من رب المال [لأجل الربح لكن اذا اشترى بالغبن الفاحش فيكون اخذه لنفسه لا يدخل في حساب المضاربة ثانياً يجوز له البيع سواء كان بالنقد او بالنسيئة بقليل الدراهم وكثيرها] . ولو بغبن فاحش ولو بغير نوع العملة التي اخذها من رب المال ويجب ان يكون شرائه وبيعه بالنقود فليس له المبادلة بالأعيان بطريق

المقايضة واذا بادل يكون العقد له لا للشركة [لكن يجوز له اعطاء المهلة في المرتبة التي جرى العرف والعادة بها بين التجار والا فليس له بيع الأموال الى مدة طويلة لم تعرف بين التجار ثالثاً يجوز له قبول الحوالة بثمن المال الذي باعه رابعاً يجوز له توكيل شخص آخر بالبيع والشراء] وبالخصومة ويتسلم المال وبتسليم رأس المال الى رب المال ولا يقال بأن المضارب وكيل ليس له ان يوكل بالبيع والشراء عملاً بالوكالة بالشراء لأن الوكالة من مقتضى المضاربة ومن مقتضى عادات التجار [خامساً يجوز له ايداع مال المضاربة والايضاع والرهن والارتهان والأيجار والاستئجار سادساً يجوز له ان يسافر الى بلدة اخرى لأجل الأخذ والأعطاء] سابعاً له ان يحط من ثمن المبيع للعيب فيما يتعلق بالتصرفات التي يمكن للمضارب اجراؤها اذا لم ينهاه رب المال عنها بصراحة . ويوجد غير هذه التصرفات تصرفات لا يمكن للمضارب اجراؤها الا اذا قال له رب المال تصرف برأيك كما تريد وتصرفات اخرى لا يمكنه اجراؤها الا اذا أذن له رب المال صراحةً كما مر .

مادة ١٤١٥ [المضارب في المضاربة المطلقة لا يكون مأذوناً بمجرد عقد المضاربة بخلط مال المضاربة بماله ولا بأعطائه مضاربةً لكن اذا كان في بلدة من عادة المضاربين فيها خلط مال المضاربة بمالهم في المضاربة المطلقة فيكون المضارب ايضاً مأذوناً بذلك] .

قلنا ان المضارب لا يملك خلط مال المضاربة بماله لأن الخلط يتضمن الشركة والشركة اكثر من المضاربة والشيء لا يتضمن ما هو اكثر منه .

وقلنا ان المضارب لا يملك عقد المضاربة مع آخر لأن العقد لا يتضمن مثله واذا عقد المضاربة وسلم المال الى المضارب الثاني وتلف المال قبل العمل لا ضمان عليهما لأن المضارب الثاني امين المضارب الأول واذا تلف المال بعد العمل فالضمان على المضارب الأول والثاني ولرب المال الخيار في ذلك عند الأمام خلافاً للوديعة لأن الوديع الثاني لا يضمن عنده والفرق بينهما هو ان المضارب الثاني قبض المال لفائدته خلافاً للوديع .

واذا كانت المضاربة الثانية فاسدة فيكون المضارب الثاني اجيراً وأميناً ولا ضمان عليهما ·
واذا عمل المضارب الثاني في المضاربة الثانية برأس المال فليس لرب المال مشاركته بالربح ·
واذا ضمن المضارب الأول رأس مال المضاربة ملكه وصحت المضاربة الثانية وتقسم الأرباح حسب الشروط واذا خلط المضارب رأس المال برأس مال آخر او خلط مال مضاربةٍ بمال مضاربةٍ اخرى فأذا خلطها قبل العمل والربح لا يضمن واذا خلطهما بعد الربح يضمن ويضمن حصة رب المال من الربح واذا كان الربح حاصلاً في احديهما يضمن الربح الحاصل فقط وكل هذا اذا لم يقل له رب المال اعمل برأيك اما اذا قال له اعمل برأيك فيجوز له ان يعمل كل شيء من هذه الأعمال ·

مادة ١٤١٦ [اذا كان رب المال في المضاربة المطلقة قد فوض الى رأي المضارب امور المضاربة قائلاً له اعمل برأيك فيكون المضارب مأذوناً بخلط مال المضاربة بماله وبأعطائه مضاربة على كل حال] ·

انما لا يطرأ خلل ما على حصة رب المال من الربح فأذا كان النصف له والنصف للمضارب الأول وضارب المضارب الأول آخر على الربع فيكون نصف الربح الى رب المال والربع الى كل من المضارب الأول والثاني اما المضاربة الثانية فيجب عقدها مع اجنبي لا مع رب المال فأذا عقدت مع رب المال تكون المضاربة الثانية باطلة والمال بضاعة ·

[لكن في هذه الصورة لا يكون مأذوناً بالهبة والأقراض في مال المضاربة ولا بالدخول تحت الدين الأكثر من رأس المال بل اجراء هذه الامور موقوف على صريح الأذن من رب المال] ·

وكذا الحكم بالرهن والارتهان واعطاء السندات لأن هذه الاعمال لا يقصد منها الربح بل ان هذه اما اتلاف للمال كالهبة او تصرف لم يسم في العقد فلا يدخل تحت الوكالة ·

مادة ١٤١٧ [اذا خلط المضارب مال المضاربة بماله فالربح الحاصل يقسم على مقدار رأس المال يعني انه يأخذ ربح رأس ماله وربح مال المضاربة يقسم

«م ١٩»

بينه وبين رب المال على الوجه الذي شرطاه] . اذا كان المضارب مأذوناً بخلط المال .

مادة ١٤١٨ [المال الذي اخذه المضارب بالنسيئة زيادة على رأس المال بأذن رب المال يكون مشتركاً بينهما شركة وجوه] . ولا يخل بالمضاربة وبتقسيم أرباحها أصلاً .

مادة ١٤١٩ [اذا ذهب المضارب بعمل المضاربة الى محل غير البلدة التي وجد فيها فيأخذ مصروفه بالقدر المعروف من مال المضاربة] لأن النفقة للأحتباس كراتب القاضي ونفقة الزوجات واذا سافر رب المال بأمور المضاربة سواء سافر للتجارة او لأستحصال ديون الشركة فمصروفه على الشركة اما لو سافر الى بلدة لعمل خاص به ثم سافر منها الى بلدة اخرى لعمل الشركة لا يستحق من الشركة الا ما صرفه بين البلدتين فقط . واذا كان المضارب شريكاً لأثنين مختلفين شركتين مختلفتين وسافر من اجلهما فيأخذ من كل شركة ما يلحقها من المصروف سواء نوى المضارب الأقامة خمسة عشر يوماً في المحل الذي سافر له ام لم ينو وهذه المصاريف تخرج من الربح واذا كان لا ربح في الشركة تؤخذ من رأس المال وتحسم من الربح عند حصوله واذا لم يحصل ربح في الشركة تؤخذ من رأس المال ويضمنها رب المال فقط . واذا كانت المضاربة فاسدة فالمصرف على المضارب فقط لأنه اجير وليس له سوى الأجرة . اما المستبضع فنفقة سفره عليه لا على صاحب المال .

مادة ١٤٢٠ [مهما شرط رب المال وقيد بالمضاربة المقيدة يلزم المضارب رعايته] . لأن المضارب يتصرف بمال الغير والتصرف على هذا الوجه يعتبر فيه التقييد انما يجب ان يكون التقييد مفيداً لا مضراً فأذا اشترط رب المال على المضارب بأن لا يبيع الا نسيئةً او بالغبن الفاحش لا يعتبر تقييده (هندية) .

مادة ١٤٢١ [اذا خرج المضارب عن مأذونيته وخالف الشرط يكون غاصباً] ولو اجاز له بعد ذلك رب المال [وفي هذه الحال يعود الربح والخسار في اخذه واعطائه عليه] ويكون هذا الربح حلالاً له عند ابي يوسف وغير حلال عند الطرفين واذا خالف المضارب رب

المال بنصف رأس المال وعمل بأمره بالنصف الآخر يكون غاصباً للنصف فقط [واذا تلف مال المضاربة] قبل العود الى الوفاق [فيكون ضامناً] واذا عاد الى الوفاق وتلف لا يضمن فلو سافر المضارب بغير اذن رب المال وخلافاً لتقييده الى بلد اخرى وقبل ان يتصرف برأس المال عاد الى البلد التي وقع الأتفاق على ان يتاجر فيها وتلف المال بيده لا يضمن (بحر) . والحاصل ان مخالفة رب المال للشرط والتقييد يكون عزلاً للمضارب ويوجب ضمان الخسار والا فلا .

مادة ١٤٢٢ [اذا خالف المضارب رب المال حال نهيه اياه بقوله لا تذهب بمال المضاربة الى المحل الفلاني او لا تبع بالنسيئة فذهب بمال المضاربة الى ذلك المحل فتلف المال او باع بالنسيئة فهلك الثمن فيكون المضارب ضامناً] سواء كان هذا النهي وقت العقد او بعده لأن المضارب لا يسوغ له المخالفة فيما نهي عنه صريحاً ولو الى مثله ولو كان المنهي عنه ما يملكه المضارب بمطلق العقد لأنه لا يكون وكيلاً في العمل المنهي عنه .

مادة ١٤٢٣ [اذا وقت رب المال المضاربة بوقت معين فبمضي ذلك الوقت تنفسخ المضاربة] . ولا يكلف المضارب لجمع الديون الا اذا كانت المضاربة رابحة لأن المضارب وكيل فلا يجبر على القيام بالوكالة والعمل بعد العزل ولأن الوكيل متبرع بعمله والمتبرع لا يجبر على اكمال تبرعه واذا تمنع المضارب عن جمع الديون فعليه ان يوكل رب المال لأن رب المال ليس له القبض بدون التوكيل لأنه ليس بعاقد .

مادة ١٤٢٤ [اذا عزل رب المال المضارب فيلزم اعلامه بعزله فتكون تصرفاته الواقعة معتبرةً حتى يقف على العزل ولا يجوز له التصرف بالنقود التي في يده بعد وقوفه على العزل] اذا كانت من جنس رأس المال [لكن اذا كان في يده أموال غير النقود فيجوز له ان يبيعها و يبدلها بالنقود] وكذا العزل الحكمي كوفاة رب البيت الا ان المضارب يتصرف الى حين وصول خبر وفاة رب المال له خلافاً للوكالة فأنها تسقط لمجرد وفاة

الموكل والفرق بينهما هو وجود حق للمضارب في المضاربة وعدم وجود حق للوكيل فيما هو موكل به ٠ وكذا اذا كان مال المضاربة الذي بيد المضارب من غير جنس رأس المال فله تبديله بجنس رأس المال وليس له تبديله بالعروض ٠ ومتى فسخت المضاربة يجوز تصفيتها وجعلها من جنس رأس المال وتسليمه الى رب المال ويجوز تقويم موجوداتها على رب المال بسعر يوم القسمة٠ وللمضارب عزل نفسه من المضاربة ولرب المال عزله ايضاً ٠

مادة ١٤٢٥ [المضارب انما يستحق الربح في مقابلة عمله والعمل انما يكون متقوماً بالعقد فأي مقدار شرط للمضارب في عقد المضاربة من الربح يأخذ حصته بالنظر اليه] ٠ ولا يجوز اشتراط الربح لغير المضارب اذا كان لم يشترط عمله لأن المضارب يستحق الربح بالعمل فليس له ان يطلب حصة زائدةً ولو عمل عملاً في المضاربة اكثر من المتفق عليه لأن عمله تقوم حين العقد ولأن العمل يتقوم بالعقد ٠

مادة ١٤٢٦ [استحقاق رب المال للربح بماله فيكون جميع الربح له في المضاربة الفاسدة] واذا كان رب المال اثنين ورأس مالها متساو فيجب تساويهما في الربح ولا يعتبر الشرط اذا اشترط لأحدهما حصة زائدة عن الآخر وبما ان المضاربة الفاسدة بحكم الأجارة [فالمضارب بمنزلة أجيره] اي اجير رب المال لأنه لم يرض بأن يعمل مجاناً و [يأخذ اجر المثل لكن لا يتجاوز المقدار المشروط حين العقد ولا يستحق اجر المثل ان لم يكن ربح] ٠ اذ ان المضاربة الفاسدة لا تكون اقوى من المضاربة الصحيحة ٠ وفي رواية مجمع الأنهر ان المضارب في المضاربة الفاسدة يستحق اجر المثل سواء ربحت المضاربة ام لم تربح الا ان رواية الأمام ابي يوسف التي اخذت عنها المجلة هي الراجحة ٠

واعلم بأن المال علة مادية في استحقاق الربح بما يدخل على المال من التجارة حينما توضع اليد العاملة عليه بأذن صاحبه ولذلك يملك صاحبه جميع الربح ويملك العامل حصة حسب العقد وفيما فسد من المضاربات يملك رب المال جميع الربح لأن فساد العقد لا يبطل الحقائق المحسوسة والمادية اما العمل فهو علة قانونية في استحقاق الربح فيتوقف تأثيرها في المعلول على صحة ما يقومه من

العقد ومتى فسد العقد لا يكون صالحاً للتقويم ولكنه يدل على ان العامل اعد نفسه للعمل بأجرة فيستحق اجر المثل بشرط ان لا يتجاوز الأجر المسمى عند ابي يوسف ويأخذ اجر المثل بالغاً ما بلغ عند محمد قياساً على قيم الأموال المادية وقول المادة (لا يستحق اجر المثل الخ) هذا قول ابي يوسف لأن المضارب رضي بالعمل بدون اجرة عند عدم الربح قياساً على المضاربة الصحيحة وقال الأمام الأعظم بلزوم دفع الأجرة الى المضارب في المضاربة الفاسدة سواء ربح ام لم يربح قياساً على الآدمي المعد للاستغلال ٠

مادة ١٤٢٧ [اذا تلف مقدار من مال المضاربة فيحسب في اول الأمر من الربح فلا يسري الى رأس المال واذا تجاوز مقدار الربح وسرى الى رأس المال فلا يضمنه المضارب سواء كانت المضاربة صحيحة او فاسدة] ٠

ويحسب التلف من الربح لأن الربح فرع وتابع لرأس المال والهالك ينصرف على التابع سواء كان الربح موجوداً او مقسوماً واذا كان مقسوماً وظهر التلف يرد الربح الموزع الى الشركة ويحسم التالف منه٠ واذا تلف مايزيد عن الربح يؤخذ من رأس المال سواء كان التلف حاصلاً من عمل المضارب او بدون عمله لأن مال المضاربة بيده أمانة ٠

مادة ١٤٢٨ [على كل حال يكون الضرر والخسار عائداً الى رب المال] ٠ لأنه فرع من رأس المال [واذا اشترط كونه مشتركاً بينهما اي بينه وبين المضارب فلا يعتبر ذلك الشرط] ٠ لأنه لغو٠ ولا يفسد المضاربة لأنه ليس بشرط يوجب جهالة الشركة ٠

مادة ١٤٢٩ [المضاربة تنفسخ بأسباب عشرة وهي اولاً : [اذا مات رب المال] ثانياً : [او المضارب] ثالثاً ورابعاً : [او جن] احدهما [جنوناً مطبقاً] خامساً وسادساً : اذا حجر على احدهما لسفه وتبذير ٠ سابعاً : انقضاء وقت المضاربة اذا كانت موقتة ٠ ثامناً : اذا عزل رب المال المضارب ٠ تاسعاً : اذا استعفى المضارب ٠ عاشراً : اذا تلف رأس المال قبل

التصرف [تنفسخ المضاربة] واذا مات المضارب وكانت أموال المضاربة عروضاً ينصب الحاكم له وصياً فيبيع الأموال ويصفيها ويقسمها مع رب المال ·

مادة ١٤٣٠ [اذا مات المضارب مجهلاً فالضمان في تركته] · وليس لهم حلف اليمين على الرد او على براءة الذمة بداعي ان مورثهم كان اميناً وهم امناء مثله ولهم اقامة البرهان على ان مورثهم قال قبل وفاته انه رد المال الى رب المال · اما اذا مات المضارب مديوناً فرب المال احق برأس ماله وربحه من جميع الدائنين اذا كان رأس المال والربح معلوماً · وكذا لرب المال تحليف المضارب على الخيانة المعلومة واقامة البرهان عليها ، له تحليفه على الخيانة المجهولة وليس له اقامة البرهان لأن معلومية المشهود به شرط ·

« الباب الثامن »

(في بيان المزارعة والمساقاة وينقسم الى فصلين)

الفصل الاول

(في بيان المزارعة)

المزارعة عقد فاسد عند الأمام الأعظم وصحيح عند الأمامين لأن الرسول (صلعم) عامل اهل خيبر على نصف المزروعات وقد جوزت للحاجة لأن كثيراً من الناس لايملكون المال لاستئجار الأرض ويملكون الأبقار والبذر فيمكنهم استعمالها في الأراضي المعطاة لهم بطريق المزارعة وكذا المساقاة فهي عقد فاسد عند الأمام ولذلك فأن الباب الثامن تحرر على قول الأمامين ·

مادة ١٤٣١ [المزارعة نوع شركة على كون الأرض من طرف والعمل من طرف آخر يعني ان الأرض تزرع والحاصلات تقسم بينهما] لذلك فأن اركان المزارعة اربعة وهي الأرض والبذر والعمل والبقر فكل مزارعة تعقد على شرط ان تكون الأرض من جهة والعمل والبقر والبذر من جهة اخرى او تكون الأرض والبذر من جهة والعمل والبقر من جهة اخرى او تكون الأرض والبذر والبقر من جهة والعمل من جهة اخرى فهي صحيحة

لأن الاولى بمثابة استئجار المستأجر الارض بمقابل اجرة من الحبوب والثانية بمثابة استئجار الخياط على ان تكون الآلة اي الأبرة منه والثالثة بمثابة استئجار الخياط على ان تكون الأبرة من المستأجر وفيما عدا ذلك فالمزارعة فاسدة اما العمل فهو اذا كان من قبيل الزرع والنطس والاسقاء والتعشيب والمحافظة على الزرع فهو على المزارع واذا كان من نوع وضع السماد والحصاد والرجاد والدق فهو على المزارع وصاحب الأرض ويشترطا فيه بنسبة حصتهما في الحاصلات لان الغرامة بقدر الغنيمة وان اشترط ان يكون ذلك على المزارع جاز عند ابي يوسف لجريان العادة بذلك. واذا كان العمل من نوع نقل الحبوب الى الحواصل فهو على اصحاب الحبوب بعد تقسيمها.

مادة ١٤٣٢ [ركن المزارعة الأيجاب من القبول فأذا قال صاحب الأرض للفلاح اعطيتك هذه الأرض مزارعة على ان حصتك من الحاصلات كذا وقال الفلاح قبلت او رضيت او يقول قولاً يدل على الرضاء او قال الفلاج لصاحب الأرض اعطني ارضك على وجه المزارعة لأعمل فيها ورضي الآخر فتعقد المزارعة]
وحكمها هو ملك المنفعة اي ان يملك المزارع منفعة الارض ويملك صاحب الأرض منفعة العامل حالاً وان يكونا شريكين في الناتج فأذا لم ينتج شيء من الأرض لا شيء للعامل ولصاحب البذر فسخ المزارعة قبل البذر لأنها غير لازمة بحقه ولازمة بحق صاحب الأرض وتلزمهما بعد الزرع واذا فسخها المزارع لا شيء له بمقابل نطس الأرض وكريها لأن النطس والكري من المنافع والمنافع لا تقوم الا بالعقد والعقد في المزارعة بحق الناتج ومتى عدم الناتج لا شيء للمزارع.

مادة ١٤٣٣ [كون العاقدين عاقلين في المزارعة شرط وكونهما بالغين ليس بشرط فيجوز للصبي المأذون عقد المزارعة] لأنها ليست من التبرعات والألتزامات بل هي عقد استرباح كثير الشبه بالأجارة ولذا فقد اخذ حكمها عند فساده وصح من المميز بالأذن او الأجازة.

مادة ١٤٣٤ [يشترط تعيين ما يزرع يعني ما يبذر او تعميمه على ان يزرع الفلاح ما شاء] لأن الأجرة في المزارعة هي حصة الحاصلات فيجب تعيينها ويجب فيها بيان

جنس البذر اذا كان من غير صاحب الأرض وتجوز المزارعة بالترديد كقوله للزارع اذا زرعت حنطة فلك كذا واذا زرعت شعيراً فلك كذا ·

مادة ١٤٣٥ [يشترط حين العقد تعيين حصة الفلاح جزءاً شائعاً من الحاصلات كالنصف والثلث وان لم تتعين حصته او تعينت على اعطائه شيء من غير الحاصلات او على مقدار كذا مداً من الحاصلات فالمزارعة غير صحيحة] ·

وقد اشترطت هذه المادة :

١ً — ان تكون حصة الفلاح من الحاصلات لأن المزارعة شركة في الأنتهاء يجب فيها الأشتراك

٢ً — ان لا تكون الحاصلات لأحدهما فقط كما يستفاد ذلك من كلمة (جزءاً) المحررة في هذه المادة ·

٣ً — ان تكون حصة المزارع معينة لأن البذر اذا كان من صاحب الأرض وجب تعيين حصة المزارع لأنه بحكم الأجير واذا كان من المزارع وجب تعيين حصة صاحب الأرض لأنها بمقابلة اجرة ارضه ·

٤ً — ان تكون حصة المزارع شائعةً فأذا تعينت مقطوعةً كعشرة أمداد مثلاً الى المزارع او حاصلات القطعة الفلانية او حاصلات القطعة التي تسقى من الخرق الفلاني تفسد المرارعة· وتفسد ايضاً باشتراط خراج الأرض من الحاصلات وتقسيمها بعد لأن الحصص تصير مجهولة بذلك · ولا تفسد بأخراج خراج المقاسمة منها · وكذا اذا اتفقا على ان تكون الحبوب لأحدهما والتبن للآخر (لأمكان تلف شيء دون الآخر) وكذا اشتراطهما على ان يشتركا بالتبن او بالحبوب على ان تكون باقي الواردات للطرف الآخر يفسد المزارعة ·

مادة ١٤٣٦ [يشترط كون الأراضي صالحة للزراعة] فلا تصح مزارعة الأرض المالحة ولا المستنقع الغير الصالحة للزراعة [و يشترط تسليمها الى الفلاح] لأنه هو العامل· لأن تأمين مقابل العمل ونماء البذر لا يتم الا بصلاحية الأرض للأنماء مع عدم المانع من صخر او مستنقع فيها وتسليمه للعامل شرط ايضاً لأنه لا يتمكن من العمل بدونه وقد زاد

جمهور المتقدمين اشتراط بيان المدة الكافية لاستواء الزرع فلو لم يتبين او تبينت غير كافية فسدت وهو قول الأمامين وقال محمد لا تشترط تعيين المدة بعد تعيين مايزرع لأن المدة تتعين بالعرف ولاريب ان المجلة اخذت بهذا القول فجملة الشروط المحررة في المجلة ستة متفق عليها وهي (اهلية العاقدين، تعيين ما يزرع، تعيين حصة من لا بذر منه ، كون الحصة جزءاً شائعاً، صلاحية الأرض للزرع ، تسليمها للعامل) واثنان مختلف فيهما هما (تعيين من عليه البذر ، بيان المدة) .

مادة ١٤٣٧ [اذا فقد شرط من الشروط المذكورة قبل] سواء كانت من شروط الانعقاد او من شروط الصحة [فتكون المزارعة فاسدة] وذلك عدا الشرط الأول والخامس فأن فقدهما يوجب البطلان اما الشرط السادس فأن فقده يمنع اجراء العمل فأذا حصل قبل الفسخ يرتفع الفساد .

مادة ١٤٣٨ [كيفما شرط العاقدان في المزارعة الصحيحة تقسم الحاصلات بينهما كذلك] .

والحاصلات امانة بيد المزارع سواء كانت المزارعة صحيحة او فاسدة فأذا تلفت بدون التعدي لا يضمن المزارع واذا ضبطت الأرض المعطاة للمزارع بالاستحقاق فأذا كانت لم تزرع فلا شيء للمزارع وليس له المطالبة بأجرة الحرث والكري واذا كانت مزروعة منه وقلعه المستحق فللمزارع الخيار اما ان يأخذ حصته مقلوعة واما ان يضمن صاحب الأرض قيمة حصته ولها حق القرار في الأرض اي قائمة لأن المزارعة الصحيحة يقصد منها اما تقويم منفعة الأرض اذا لم يكن البذر من صاحبها واما تقويم منفعة العامل اذا لم يكن البذر منه والبقر تابع في الوجهين وقد وجب بدل المنفعة المسمى في العقد الصحيح قليلاً او كثيراً لرضاء العاقدين به اما استحقاق صاحب البذر لحاصلات بذره امر حسي غير موقوف على صحة العقد لأنها نماء ملكه .

مادة ١٤٣٩ [تكون كل الحاصلات في المزارعة الفاسدة لصاحب البذر وللآخر اجرة ارضه ان كان صاحب ارض وان كان فلاحاً فله اجر المثل] .

ولا فرق بين ان يكون الفساد بسبب فقدان احد الشروط او بسبب كون المزارعة غير منطبقة على حقيقتها الشرعية المحررة في المادة ١٤٣١ وقد اخذ صاحب البذر جميع الحاصلات لأنها

نماء ملكه فلا يتوقف اخذها على صحة العقد اما الأرض والعامل فحين فساد المزارعة لا يصلح عقدها وانما يكون سبباً في اعداد منافعها للاستغلال فيجب اجر مثلهما ·

مادة ١٤٤٠ [اذا مات صاحب الأرض والزرع اخضر فالفلاح يداوم على العمل الى ان يدرك الزرع ولا يسوغ لورثة المتوفى منعه واذا مات الفلاح فوارثه قائم مقامه ان شاء داوم العمل الى ان يدرك الزرع ولا يسوغ لصاحب الأرض منعه]

وتنفسخ المزارعة بخمسة أسباب الأول وفاة احد العاقدين لأن المزارعة أجارة فتنفسخ بوفاة احد العاقدين ولا يقال بأن نظام أيجار العقار نسخ القول القائل بفسخ الاجارة لوفاة احد العاقدين يشمل المزارعة لأنه ساكت عنها · فالوفاة اما ان تقع قبل الزرع فلا شيء للطرف الآخر واما تقع بعد الزرع فيصار الي ما جاء بهذه المادة · اما اذا اراد وارث المزارع ان لا يعمل فلا يجبر وعندها يخير صاحب الأرض فأما ان يقلع الزرع واما ان يدفع حصة المزارع منه واما ان يصرف على الزرع بأذن الحاكم لحين ادراكه و يعود على المزارع بماصرفه · والثاني فسخ المزارعة من صاحب البذر ولو بدون عذر قبل الزرع · والثالث فسخ المزارعة بالأعذار المبينة في كتاب الأجارة · والرابع اذا مرض المزارع او اراد السفر · والخامس اذا كان المزارع خائناً يخاف من سرقته ·

***

﴿ الفصل الثاني ﴾

(في بيان المساقاة)

مادة ١٤٤١ [المساقاة نوع شركة على ان يكون اشجار من طرف وتربية من طرف آخر و يقسم ما يحصل من الثمرة بينهما] ·

قوله اشجار من طرف يخرج منه البيع لأن البيع تمليك العين · و يراد بالأشجار النبات الذي يبقى في الأرض اكثر من سنة سواء كان مثمراً او غير مثمر فلا تعقد المساقاة على البصل والزعفران والباذنجان والقصب وما ماثلها · وقوله التربية من طرف آخر يستثنى منه الأيجار لأن المقصود

من الأجارة هو الأنتفاع في المأجور والمعقود عليه في المساقاة هو العمل فيما وقع الأتفاق على العمل فيه .

وقوله الثمرة يستثنى منه المزارعة .

والقصد من التربية هو ان تقع بحق الأشجار التي تحتاج الى التربية والا اذا كانت الأشجار لا تحتاج الى التربية وتعطى الثمرة بدونها فلا تنعقد المساقاة بها لأنه لو جازت المساقاة بمثل هذه الأشجار لوجبت منفعة المساقي بدون عمله وهذا لا يجوز (خانيه) . اما اذا كان القصد من المساقاة الحفظ و كانت الأشجار تتلف بدونه فتنعقد المساقاة بحقها وتكون صحيحة .

وكذا لاتجوز المساقاة بعد ادراك الأثمار لأن تربيتها وحفظها يكون قد تم ولا فائدة من المساقاة . ولا تعقد المساقاة مع الشريك بالشجر اذا شرط له حصة زائدة لانه اذا عمل يكون عمل بحصته في الأصل و بحصة شريكه بالتبعية وتعقد معه بدون اشتراط حصة زائدة له (هندية) . وليس للمساقي ان يساقي غيره على الأشجار الا اذا كان مأذونًا بذلك لأن الدفع الى غيره اثبات شركة له بدون اذن صاحب المال .

مادة ١٤٤٢ [ركن المساقاة الأيجاب والقبول فأذا قال صاحب الأشجار للعامل اعطيتك اشجاري هذه بوجه المساقاة على ان تأخذ من ثمرتها كذا حصة وقبل العامل يعني الذي يربي الأشجار فتنعقد المساقاة] .

وصفتها هي اللزوم على الجانبين خلافًا للمزارعة لأنها ليست بلازمة بحق رب البذر قبل الزرع وشروطها : كشروط المزارعة وهي اهلية العاقدين و بيان نصيب العامل وتخلية الأشجار وتسليمها والشركة في الناتج وتختلف المساقاة عن المزارعة بأربعة احوال الأول اجبار العامل على العمل في المساقاة وعدم اجباره في المزارعة اذا كان رب البذر . والثاني اذا تمت المزارعة تبقى الأرض بيد العامل بالأجرة و بالمساقاة تبقى الأشجار بدون الأجرة لأن الأرض تؤجر والأشجار لا تؤجر . والثالث اذا ضبطت الأشجار في المساقاة و كانت اثمارها عليها عاد العامل بأجر مثله على اصحابها و بالمزارعة عاد بقيمة الزرع . الرابع بيان المدة في المساقاة ليس بشرط استحسانًا و بالمزارعة شرط .

مادة ١٤٤٣ [كون العاقدين عاقلين شرط دون بلوغهما]

مادة ١٤٤٤ [كون حصة العاقدين في عقد المساقاة جزءاً شائعاً كالنصف والثلث شرط ايضاً في الحاصلات كما في المزارعة] . اما لو اشترط ان يزرع المساقي الأشجار ويكون شريكاً لرب الأرض بحصة من الشجر والثمر لا يجوز . ويجب ايضاً ان تكون حصة المساقي شائعة معينةً عاريةً عن الترديد وان تكون مدة المساقاة مساعدةً لحصول الأثمار وان لا يشترط العمل والتربية او احدهما على صاحب الأشجار وان يشترط الحفظ على العامل بعد تقسيم المحصول وان لا يشترط جمع الحاصلات على المساقي وان لا يشترط عليه شيء من العمل المتعلق بالأرض بعدحصول الثمر واخذه .

مادة ١٤٤٥ [تسليم الأشجار الى العامل شرط] واذا كانت الاشجار المسلمة صالحةً لأعطاء الثمر فلا حاجة لبيان المدة ويعتبر المساقي عليه اول محصول يدرك بعد العقد واذا كانت الأشجار صغيرة لا يمكن ان تعطي ثمرةً فلا تصح المساقاة بحقها بدون تعيين المدة واذا لم تظهر الثمرة في تلك المدة فلا يستحق العامل شيئاً .

مادة ١٤٤٦ [تقسم الثمرة في المساقاة الصحيحة بين العاقدين على وجه ما شرطا] . ولا يطالب احدهما الآخر بشيء اذا لم يحصل ثمرة في الشجر وليس لأحدهما فسخها بدون اذن الآخر وبدون عذرٍ . ويجبر العامل اذا تمنع عن العمل بطلب الطرف الآخر ويجوز فيها الحط والتنزيل والزيادة .

مادة ١٤٤٧ [تكون الثمرة الحاصلة في المساقاة الفاسدة بتمامها لصاحب الأشجار ويأخذ العامل اجر المثل] .

ولا يجبر فيها العامل على العمل اما اجر المثل فاذا كان الفساد ناشئاً عن عدم تعيين حصة العامل حين العقد يكون بالغاً ما بلغ واذا كان ناشئاً من الاسباب الاخرى فلا يتجاوز الأجر المسمى عند ابي يوسف خلافاً لمحمد .

مادة ١٤٤٨ تنفسخ المساقاة بوفاة احد العاقدين وبأنقضاء المدة وبضبط الأشجار

بالأستحقاق و بفسخهامن احد العاقدين بعذرو بأ قالتهامنهماواذا توفي احد العاقدين قبل العمل وقبل حصول الأثمار تكون باطلة اما [اذا مات صاحب الأشجار والثمرة فجة فيداوم العامل على العمل الى ان تنضج الثمرة ولا يسوغ لورثة المتوفي منعه واذا مات العامل فوارثه يكون قائماً مقامه فأن شاء داوم على العمل ولا يسوغ لصاحب الأشجار منعه] واذا اراد العامل ان لا يعمل بعد وفاة صاحب الأشجار واراد قطف الثمر الفج فلورثة صاحب الأشجار الخيار ان شاؤا اقتسموا الاثمار فجةً وان شاؤا دفعوا للعامل قيمة حصته وتملكوها وان شاؤا صرفوا على الأشجار لحين ادراكها بأذن الحاكم واقتطفوها واقتطعوا عليه حصته من المصروف واذا توفي العامل وامتنع وارثه من العمل فلصاحب الأشجار الخيار ان شاء اقتسم الأثمار مع الورثة وان شاء اعطاهم قيمة حصتهم فجةً وان شاء صرف عليها بأذن الحاكم واقتطع ما صرفه بعد ان تنضج .

ناظر المعارف العمومية	امين الفتوى	قاضي دار الخلافة العلية سابقاً
احمد جودت	السيد خليل	سيف الدين
مفتي دار الشورى العسكرية	عن اعضاء ديوان احكام العدلية	عن اعضاء مجلس تدقيقات الشرعية
احمد خلوصي	السيد احمد حلمي	احمد خالد



« لاحقة »

مقابلة بين بعض المواد القانونية في القانون المدني الأفرنسي والتركي و بين مواد المجلة فيما يتعلق بالشركة

اول ما بدأ به القانون المدني الأفرنسي هو تعريف شركة العقد وهذا ناشيء عن اهتمام الأوربيين بمثل هذه الشركات اكثر من غيرها و بعد ان عرف القانون هذه الشركة قال مانصه : (يجبر كل شريك على ان يضع رأس مال من النقود او من الأموال الأخرى او صنعة) وهذا يدل على ان شركة العقد تكون شركة اموال وشركة اعمال كما هو الحال في المجلة وقد اشترط القانون وجوب اثبات ما تجاوز رأس مالها مائة وخمسون فرنكاً من شركات العقد بمقاولات خطية وهذه خطوة في القضاء توافق ما جاء بقانوننا التجاري وفي المادة ٨٠ وما يليها من قانون اصول المحاكمات الحقوقية فيما يتعلق بالشركات والالتزامات لأنها مانعة لشهادات الزور التي كثرت في اكثر البلدان

وقد قسم القانون المدني الأفرنسي شركات العقد الى مفاوضة وعنان وترك شركة الأعمال والوجوه بعد ان ادخلها بعداد الشركات كما مر فصار التقسيم غير جامع لأحكام هذه الشركات ثم عاد وبحث عن اعمال الشركاء وادخل ارباحهم في الشركة وهذا تشويش ظاهر . وقد عرف هذا القانون شركات المفاوضة بقوله (شركة تنقسم الى قسمين : القسم الأول الشركة التي تعقد على الأموال الموجودة ، والقسم الثاني الشركة التي تعقد على الفوائد) ثم ذكر شركات المفاوضة التي تعقد على الأموال الموجودة وعرفها بصورة تنطبق على ما عرفتها به المجلة الا ان هذا التعريف قد ادخل الأموال الغير منقولة في عداد اموال الشركة وهذا مخالف لتعريف المجلة لشركة المفاوضة كما لا يخفى ولم يشترط هذا القانون المساواة التامة بين رأس مال الشركاء كما هو الحكم بشركات المفاوضة في المجلة وقد بحث عن شركة العنان فعرفها تعريفاً شاملاً للأعيان والأرباح ثم ادخل فيها شركة الأعمال والوجوه وهي قريبة من مثلها في المجلة .

ثم بحث عن واجبات الشركاء فيما بينهم فقال مبدأ الشركة يعتبر من تاريخ عقدها ان لم يتعين صراحةً وان الشركة تبقى مادام الشركاء احياء اذ لم توقت وهذا موافق لأقوال الفقهاء . وقد اوجب هذا القانون على الشركاء تسليم سهامهم براس مال

الشركة ويظهر من هذا القيدان القانون الأفرنسي لم يشترط خلط الأموال واختلاطها وحيث اجاز وضع الاعيان المتعينة رأس مال فقد اوجب دوام ملكية الشريك للعين فأذا ضبطت بالاستحقاق يكون صاحبها ضامناً للشركاء وهذا أمر لازم ونتيجة ضرورية بعد ان قبل القانون الاعيان رأس مال للشركاء . ولما كانت المعاملات التجارية رائجة في الاسواق الأوربية وكان للنقد فائدة عظيمة فأن واضع القانون جعل الشريك الذي يتأخر بدفع رأس ماله ان كان نقوداً . والشريك الذي يأخذ من صندوق الشركة اموالاً مسؤلاً بدفع الفائدة عن رأس ماله وعما اخذه اعتباراً من تاريخ وجوب تسليم رأس المال وتاريخ الأخذ الى حين الاداء والرد واعطى للشركاء الآخرين حق المطالبة بالضرر والخسار ايضاً .

وقد اعتبر هذا القانون الاشتراك في الديون فقال ان الشريك اذا قبض جانباً من الدين من مديون الشركة لحسابه يجبر على دفع ما قبضه لصندوق الشركة وذلك فيما اذا عجز المديون عن اداء ديونه حتى ولو اعطى الشريك القابض وصلاً يشعر بأنه قبض المبلغ من حصته فقط وهذه نظرية قريبة من مثلها في المجلة واقوال الفقهاء لان الديون ثابتة بالذمة فلا يجوز تقسيمها قبل القبض الا ان هذا القانون اجاز القبض واوجب الرد عند عجز المديون عن اداء باقي ديونه على ان النظرية المدنية يجب ان تكون غير مقيدة بقيد السلامة لأن الاحكام تبنى على اجناس المسائل لا على افرادها .

ومما يستحق الذكر هو ان القانون الأفرنسي قسم الأعيان الموضوعة في الشركة من احد الشركاء او من بعضهم الى قسمين القسم الأول الاعيان التي لا تستهلك ولا تتبدل بمضي المدة ومرور الأيام فهذه الأعيان تتلف على اصحابها وارباحها للشركة والقسم الثاني الأعيان التي وضعت للأستهلاك في مصالح الشركة والأعيان التي تتبدل وتتغير بمرور الأيام فهذه الأعيان ارباحها وفوائدها الى الشركة وتلفها وخسارها على الشركة ولما كانت الأعيان كالماكنات والآلات والأدوات والدواب والمواشي وما شابهها من الأمور التي يحتاج اليها في الشركات اري ان من واجبنا قبول مثل هذه النظريات بعد ان كثرت المعاملات التجارية في بلادنا .

وقد ورد في هذا القانون بأن حصة الشركاء من الربح والخسار تتعين من قبلهم حين العقد

واذا لم تتعين تقسم على نسبة رأس مال كل منهم واذا كان رأس مال احدهم عمله فقط تكون حصته من الربح والخسار بقدر حصة صاحب السهم الأقل من الشركاء وهذا يخالف ما رأيناه في نظرياتنا المدنية ولا شك ان صاحب العمل يجب ان لا يؤاخذ بالخسائر لان الخسارة نظرياً تلحق الأموال ولا تلحق الأعمال الا ان الاعمال التجارية الكثيرة اوجبت اعتبار كل قيدٍ وشرط يدرج في المقاولة وقدصار من واجبنا بعدان وضعت المادة الرابعة والستين من قانون اصول المحاكمات الحقوقية موضع العمل ان نعتبر كل شرط يتفق عليه الشركاء بحق الربح والخسار اذا اشترطوا ذلك والا اعتبرنا الشريك المضارب في حلٍ من الخسار ٠

ولا يخفى على من تصفح كتاب الشركة في قانوننا المدني ان الشركة عقد غير لازم فيجوز لكل واحدٍ من الشركاء فسخها متى شاء واراد اذا لم تكن مقيدةً بمدة معلومة وهكذا القانون الأفرنسي فأنه اعطى لكل واحدٍ من الشركاء حق فسخ الشركة الغير المقيدة بمدة معلومة الا انه شرط لقبول الفسخ شرطان اساسيان هما ان لا يكون الفسخ مبنياً على حيلة وان لا يكون واقعاً بغير آوانه وهذا قريب من المنطق لأن الشريك اذا اراد فسخ الشركة بعدان اشترت برأس مالها اموالاً قابلةً للتلف وقبل طلبه هذا يكون قداضر بالشركة اضراراً فادحة سيما اذا كان رأس ماله عمله وكان في حل من الخسار ٠ وكذا اذا طلب الشريك فسخ الشركة بأمل حصر المنفعة بنفسه فيكون قد تعمد الحيلة لأضرار الشركة وحصر الفائدة بنفسه ٠ وقداجاز هذا القانون لكل واحدٍ من الشركاء فسخ الشركة ولو كانت منعقدة لمدة معلومة اذ وجد بعض الأسباب المقبولة وهي ابتلاء الشريك طالب الفسخ بعلة لا يمكنه معها الدوام على القيام بمصالح الشركة او ظهور معذرة له تمنعه من الدوام على اعمال الشركة وهذه الاعذار يعود تقديرها لحضرات الحكام ٠

وقد اغفل القانون المدني الأفرنسي البحث عن شركات المضاربة وشركات الأعمال وشركات الوجوه بصورة واضحة الا انه قد اكتفى بأدخال شركات الأعمال والوجوه ضمناً بشركات المفاوضة والعنان لدخول العمل بتلك الشركات وسكت عن المضاربة مكتفياً بالألتزامات والتعهدات التي بحث عنها مفصلاً في مواضع اخرى وسكت عن قضايا الحيطان والجيران وحق الشرب والمرور والمسيل في هذا الكتاب واعتبرها من المواد التي تستخرج من المواد القانونية الباقية ولو بحث عنها مفصلاً كما فعلت المجلة لكان ذلك اوضح واكثر فائدة للطالب اذ لا يجوز ترك مثل هذه المسائل بدون مادة قانونية في بلاد اعتاد اهلها على القوانين

المكتوبة واذا اعطى امر البت فيها للحكام لأخطأوا السبل في اعطاء الحكم ولاضطروا الى مراجعة الاجتهادات القديمة والمقررات التمييزية خذ مثلاً القرار الصادر من محكمة حلب الناظرة في القضايا الاجنبية فقد حكم به بالاستناد الى مادة القواعد الكلية القائلة المباشر يضمن وان لم يتعمد والقرار الصادر من المحكمة المذكورة الذي حكم بالأرث وفقاً للقانون البيزانتي والقرار الصادر من محكمة دمشق الناظرة في القضايا الأجنبية المستند فيه الى المادة السادسة والثلاثين من القواعد الكلية والقرار الصادر من محكمة التمييز الناظرة في القضايا الأجنبية بدمشق والذي نقض من المفوضية العليا بصورة لا مثيل لها في عالم القضاء فأن هذه القرارات صدرت ولا شك بسبب عدم وقوف الحكام الأفرنسيين على القوانين المحلية فأذا كانت المجلة ناقصة وكان الحاكم يجهل عادات البلاد لا شك يصدر أحكاماً متناقضة توجب سقوط قيمة القضاء بنظر الأهلين ومن واجب الحكومة محافظة القوانين وانتقاء الحكام لأن العدل أساس الملك .

أما القانون المدني التركي فأنه اقتصر في كتاب الشركة على البحث بالشركات العادية وعرّفها (هي عقد يلتزم فيه شخصان او اكثر توحيد سعيهم ومالهم للوصول لغاية واحدة) فهذا تعريف عصري لكنه لا يتضمن شركات المضاربة ولا شركات تقبل الأعمال بصورة واضحة لأن المضاربة اذا دخلت تحت التعريف بكلمة السعي فتقبل العمل لا يدخل تحتها وقد اعتبر المقاولات التي تعقد بين الطرفين لتقسيم الربح والخسار مطلقاً واوجب عند عدم وجود اتفاق تقسيم الربح والخسار بنسبة رأس مال كل واحد من الشركاء واذا عينت حصة الشركاء في الربح ولم تعين الخسار تعتبر في حصة الخسار بنسبة حصة الربح وهذا يخالف المجلة لأن الخسار لا يلحق العمل ولا يلحق الشريك المضارب .

وقد اودع هذا القانون العمل في هذه الشركات الى جميع الشركاء كما هو مفهوم من القانون المدني الأفرنسي وأجاز حصره ببعضهم اذا اتفقوا على ذلك ومنعهم من الأشتغال بالأمر التجاري الذي اخذوه على عاتقهم بصورة افرادية غير داخلة في الشركة لما هنالك من رواج المنافع الشخصية والغايات السفيلة وأعطى هذا القانون الشركاء حق تدقيق دفاتر الشركة وأعمالها حتى المنوطة بغيرهم وهذا ناشئ عن توسع فساد الأخلاق في البلاد لأن القانون الجديد ينظر فيه حين وضعه الى الأحتياجات الحاضرة ومثل ذلك ما ورد بحثه في هذا القانون بحق فسخ الشركة وأبطالها اذا كانت غير مقيدة بمدة فأن واضع القانون امر الشريك الذي يطلب

الفسخ ان يخبر شركائه قبل الفسخ بستة اشهر بشرط ان لا يقع الأخبار بزمن غير مناسب وان يكون ناشئًا عن حسن نية وقد بحث هذا القانون عن تصفية الشركات عند فسخها وبحث عن حقوق الأشخاص الثالثة في الشركة حتى بعد فسخها فحفظ بذلك حق الشركاء وحق من عاملهم بشركاتهم وهذا منشأوه الاحتياج كما قلنا ولا يخالف أقوال الفقهاء كما بحثنا في شرح شركاتنا انما مثل هذه الأبحاث بقيت عندنا نظرية مستندها قول الشارح وقول الفقهاء والمآخذ الأصلية وفي هذا القانون مستندها قوة القانون وتمثيله عموم الشعب والسلطان القومي ولا شك ان التصريح اقوى من الدلالة ٠

= انتهى =



الكتاب الحادي عشر

(في الوكالة و يشتمل على مقدمة وثلاثة ابواب)

المقدمة

(في بيان بعض الاصطلاحات الفقهة)

الوكالة ثابتة بقوله تعالى (فابعثوا احدكم بورقكم هذا الى المدينة) و بعمل الرسول (صلعم) وارساله وتوكيله حكيم ليشتري له اضحية و بأجماع الأمة . وهي معقولة ايضاً لأن للأنسان ان يوكل غيره فيما يعجز عن اجرائه والأنسان مدني الطبع يحتاج الى من يعينه في عمله . وهي من التصرفات المعروفة عند الأمم القديمة واصل من اصول التضامن الاجتماعي واساس من اسس عوامل الحياة وحاجة من حاجات البشر العامة جرى عليها تعامل الامم واقرها الاسلام كما ذكر ذلك بالكتاب والسنة والأجماع .

مادة ١٤٤٩ [الوكالة تفويض احد امره الى آخر] .

فيما يجوز له التصرف فيه وفيما هو قادر على اجرائه من المعاملات بالنظر لأهلية نفسه ولأصل التصرف بناء يبقى له حق التصرف . [واقامته مقامه و يقال لذلك الشخص موكل ولمن اقامه مقامه وكيل ولذاك الأمر موكل به] . وفي المجلة الحقوقية المصرية (التوكيل اقامة الغير مقام نفسه في تصرف جائز معلوم) وهو بلا ريب اعم من تعريف مجلتنا لأنه يشمل كل ما يدخل تحت احكام الوكالة .

ايضاح القيود : قلنا فيما يجوز له التصرف فيه فاذا كان الموكل ليس له التصرف في الاصل لا يصح توكيله كتوكيل الصغير غير المميز لهبة المال . وقلنا لاهلية نفسه اي ان الوكالة

علقت بالوكيل فليس له توكيل غيره بدون الأذن والتصريح ·

وقلنا بالنظر لأصل التصرف اي يجب ان يكون الموكل قادراً على اصل التصرف كالبيع والهبة وخلافه لا الربا اما العوارض فلا تمنع التوكيل فيجوز للمسلم ان يوكل الذمى ببيع الخنزير لأن المسلم ممنوع من بيعه بنهي عارض ·

وقلنا من المعاملات فليس له التوكيل لاستيفاء القصاص كما سيبين بشرح المادة ١٤٥٩

وقلنا بناء يبقى له حق التصرف وذلك احترازاً من الوصية لأن الوصية ينتقل بها حق الى الوصي التصرف ·

وقلنا بتفويض احد امره الى آخر والا اذا عمل الوكيل لنفسه بطلت الوكالة · يستثنى من ذلك قول الموكل للوكيل وكاتك بان تبرأ نفسك فتقع الوكالة ويصح الأبراء ·

مادة ١٤٥٠ [الرسالة هي تبليغ احد كلام الآخر الى غيره من دون ان يكون له دخل في التصرف ويقال للمبلغ رسول ولصاحب الكلام مرسل وللآخر مرسل اليه]

اي ان الوكيل يباشر العقد والرسول يبلغه والوكيل لا يجبر على اضافة العقد الى موكله اما الرسول فهو مجبور على اضافة العقد الى مرسله وليس له الا التبليغ وقد قال الله تعالى (يا ايها الرسول بلغ ، وما انت عليهم بوكيل) ·

وتفترق الوكالة عن الرسالة اولاً — بما ورد في هذه المادة — ثانياً — حقوق العقد بالوكالة راجعة الى الوكيل وبالرسالة الى المرسل — ثالثاً — اذا عزل الوكيل يتصرف الى ان يبلغه خبر العزل اما الرسول يمتنع عليه التصرف بمجرد العزل — رابعاً — الوكيل بالخيار باضافة العقد لنفسه او لموكله اما الرسول فهو مجبور على اضافة العقد للمرسل — خامساً — الوكالة تنعقد بألفاظ الوكالة والرسالة تنعقد بألفاظ الرسالة على الأكثر ·

وبما ان الرسالة تتضمن العمل في بعض الأوقات فكان من الواجب زيادة (او قيامه بعمل مقام آخر) في تعريف هذه المادة ليكون تاماً · وقد اغفلت المجلة تعريف المأمور مطلقاً وهو الشخص المكلف من قبل غيره بأجراء تصرف مدني بالأمر ·

***

«الباب الأول»

(في بيان ركن الوكالة وتقسيمها

مادة ١٤٥١ [ركن التوكيل الايجاب والقبول وذلك بأن يقول الموكل وكلتك بهذا الخصوص فاذا قال الوكيل قبلت او قال كلاماً يشعر بالقبول فتنعقد الوكالة كذلك لو لم يقل شيئاً وتشبث باجراء ذلك الخصوص يصح تصرفه لأنه يكون قد قبل الوكالة دلالةً ولكن لو ردها الوكيل بعد الأيجاب لا يبقى له حكم بناء عليه لو قال الموكل وكلتك بهذا الخصوص ورد الوكيل الوكالة بقوله لا اقبل ثم باشر باجراء الموكل به لا يصح تصرفه] .

وتنعقد الوكالة ايضاً بلفظ الأذن والأمر والمشيئة والرضاء والارادة والتسليط وبكل مايفيد التوكيل . والوكالة ليست بعقد لازم فلا يصح بها خيار الشرط كما هو مفصل بشرح المادة ٣٠٠ من المجلة وهي لا تثبت مستقلاً وبدون حادثة اخرى .

ولا يشترط على الوكيل ان يقبلها في مجلس التوكيل وله ان يقبلها قولاً اوفعلاً بعد ذلك لأن الوكالة لا يتوقف صحتها على القبول وترد بالرد (تكملة)

مادة ١٤٥٢ [الأذن والأجازة توكيل] لأن الأذن لفظ دال على معنى الوكالة والأجازة تتوقف على صحة العقد الفضولي .

١٤٥٣ [الأجازة اللاحقة في حكم الوكالة السابقه مثلاً لو باع احد مال الاخر فضولاً ثم اخبر صاحبه فأجازه يكون كما لو وكله اولاً] . الأجازة تلحق العقد الفضولي ولا تلحق العقد الصحيح ولا العقد النافذ لذلك اذا فسخ صاحب المال البيع الفضولي ثم أجازه واذا فسخ المالك الأجارة الفضولية ثم أجازها لاتقع الأجازة ولا يصح عقد البيع والأيجار . وكذا اذا اشترى رجل مالاً لآخر حسب وكالته ثم انكر الوكالة وصادقه البائع على ذلك بطل

البيع ولا يملك الموكل المبيع بالأجازة وكذا اذا اشترى رجل مالاً فقال البائع حين البيع انه باعه اياه بالأضافة الى آخر فقال المشتري قبلت البيع وكذا اذا اشترى رجل مالاً بالإضافة لآخر وباعه اياه البائع لنفسه فالبيع باطل ايضاً ·

اما الأتلاف فهو مستثنى من هذه المادة ولا تلحقه الأجازة فأذا اتلف رجل مالاً لآخر وأجاز له اتلافه لا يخلص من التضمين الا اذا كان المتلف لقطة تصدق بها الملتقط وابرأه منها تبرأ ذمته ·

مادة ١٤٥٤ [الرسالة ليست من قبل الوكالة مثلاً لو أراد الصيرفي اقراض احد دراهم وارسل خادمه للأتيان بها يكون الخادم رسول ذلك المستقرض ولا يكون وكيله بالأستقراض · كذلك الشخص الذي ارسله احد الى السمسار على ان يشتري فرساً اذا قال له ان فلاناً يريد ان يشتري تلك الفرس الفلاني وقال السمسار بعته اياه بكذا اذهب وقل له وسلم هذا الفرس اليه فأذا اتى الشخص وسلم الفرس اليه وقبل المرسل ذلك على المنوال المشروح فينعقد البيع بين المرسل والسمسار ولا يكون ذلك الشخص الا واسطة ورسولاً وليس بوكيل وكذلك لو قال احد للجزار اعط لأجلي كل يوم مقدار كذا لحماً لخادمي فلان الذي يذهب ويأتي الى السوق واعطاه ذلك على هذا الوجه يكون ذلك الخادم رسول سيده ولا يكون وكيله] ·

واذا اختلف البائع والآخذ فقال البائع انك وكيل وقال الآخذ انا رسول ولا بينة لهما حلف مدعي الرسالة ·

مادة ١٤٥٥ [يكون الأمر مرةً من قبيل الوكالة ومرةً من قبيل الرسالة مثلاً لو اشترى خادم من تاجر مالاً بأمر سيده يكون وكيله بالشراء واما لو اشترى المولى المال من التاجر وارسل خادمه ليأتيه به فيكون رسول سيده ولا يكون وكيله]

والفرق بين ان يكون المأمور وكيلاً او رسولاً هو ان التصرف المالي الذي باشره الشخص

لغيره بتفويضه فأذا أضافه لنفسه كان وكيلاً وترجع حقوق العقد له واذا أضافه للآمر كان رسولاً وناقلاً عبارة الآمر ورسوله بالقول او العمل ·

مادة ١٤٥٦ [يكن ركن التوكيل مرة مطلقا يعني لا يكون معلقا بشرط او مضافا الى وقت او مقيداً بقيد ومرة يكون معلقا بشرط مثلاً لو قال وكلتك على ان تبيع فرسي هذه اذا اتى فلان التاجر الى هنا وقبل الوكيل ذلك تنعقد الوكالة معلقة بمجيء التاجر وللوكيل ان يبيع الفرس اذا اتى التاجر والا فلا] لأن المعلق بالشرط لا يقع الا عند وقوع الشرط وكذا اذا رهن المديون ماله عند دائنه بمقابل الدين ووكله ببيع ماله اذا لم يدفع له دينه بوقت معين فليس للمرتهن ان يبيع المرهون قبل حلول الوقت· وكذا الحكم بالوكالة الدورية كقوله وكلتك وكالة دورية كلما عزلتك فأنت وكيلي فتكون وكالة معلقة ايضاً ·

[ومرة يكون مضافا الى وقت مثلاً لو قال له وكلتك على ان تبيع دوابي في شهر نيسان وقبل الوكيل ذلك يكون وكيلاً بحلول الشهر المذكور وله ان يبيع الدواب في الشهر المذكور واما قبل حلوله فليس له ان يبيع· ومرة يكون مقيداً بقيد مثلاً لو قال وكلتك على ان تبيع ساعتي هذه بألف قرش تكون وكالة الوكيل مقيدة بعدم البيع بأقل من الف قرش] انما يشترط ان يكون القيد مفيداً فأذا قال له بع مالي نسيئة او بغبن فاحش فلا يعتبر هذا التقييد ·

التقييد في الوكالة اصل فأذا اختلف الموكل والوكيل بالتقييد والأطلاق فالقول قول مدعى التقييد· وكذا ليس للوكيل بالشراء مخالفة موكله وليس للوكيل بالبيع الموكل بالبيع نقداً دلالةً او صراحة ان يبيع نسيئةً وليس للوكيل ان يبيع بدون الرهن وبدون الكفيل اذا قيد بذلك وليس له ان يبيع مال الموكل لغير من امر بالبيع له اذا قيدت وكالته بالبيع من شخص معلوم وليس له ان يبيع المال الموكل ببيعه بغير البلدة التي امر بالبيع فيها واذا نقل المال لبلد اخرى وتلف يضمن وليس للوكيل بالشراء ان يشتري المال الموكل بشرائه بأكثر من المبلغ المعين له

للشبهة واذا كان التقييد مفيداً من جهة وغير مفيد من جهة اخرى وقيد الموكل الوكيل بهما او ببعضها يعتبر التقييد بما يفيد فقط فأذا قال الموكل للوكيل بع مالي هذا بمدينة كذا بالسوق الفلاني فالوكيل لا يتقيد بالبيع بالسوق المعين الا اذا كان البيع فيه اكثر فائدة للموكل او نهى الموكل الوكيل عن البيع في غيره . وكذا اذا قال المديون لوكيله ادفع ديني الى فلان بحضور شهود واياك ان تعطيه شيئاً بدون الأشهاد فاعطاه بلا شهود وانكر الدائن القبض يضمن الوكيل .

وكذا اذا قال له اقبض ديني من فلان تماماً فقبض جانباً منه لا يعتبر القبض بحق الدائن وله مطالبة المديون بجميع الدين (تنوير) . ولا يجوز تصرف الوكيل اذا خالف الموكل في الجنس مثلاً اذا قال الموكل للوكيل بع مالي هذا بكذا ريالاً مجيدياً فباعه بليرات تعادل قيمتها المجيديات لا يصح البيع اما لو خالفه بالوصف والقدر ينظر فاذا كان العمل انفع للموكل صح العقد والا فلا .

وتكون الوكالة اما عامة كالتوكيل بجميع الأمور او خاصة كالتوكيل بأمر مخصوص .

فالوكيل العام له ان يبيع مال موكله ويشتري المال له وان يقر عنه بحضور القاضي وان يحفظ ماله ويجري كل ما يجوز للموكل اجرائه وليس له التبرع بمال موكله ولا تطليق زوجته عند الأمام الأعظم اما الوكيل الخاص فليس له الا اجراء الأمر المعين المخصص الذي وكل به لأن التقييد في الوكالة اصل فيعتبر مطلقاً فيما يفيد الموكل سواء ذكر ام لم يذكر .

واعلم بأن الوكالة تشارك الأمارة والتولية لأنها تصرف على الغير بالتفويض وقد ثبت التعليق والتقييد فيها من حديث غزوة مؤتة المشهورة في السير فكما ان ثبوت امارة خالد بن الوليد في تلك الغزوة توقف على موت من قبله من امرائها فكذلك ثبوت الوكالة للوكيل يتوقف على وقوع الشرط وتحقق القيد . وقد اغفلت المجلة بيان الوكالة العامة وهي جائزة عند الفقهاء بينهم ابو حنيفة وأصحابه احتجاجاً بأن ادلة الجواز تشمل النوعين خلافاً للشافعي وحجته ما يقع بين العامة من الأضرار بسببها وكون الجهالة بها فاحشة وقد اختلف من قالوا بصحة الوكالة العامة فمنهم من قال بلزوم تقييدها بقيد ما يجوز به التوكيل ومنهم من قال بجوازها مطلقاً حتى ولو قال الموكل للوكيل وكلتك بجميع اموري والصحيح ان الوكالة العامة عند التعميم يدخل فيها ما سوى المعاوضات كطلاق وتبرع عند ابي حنيفة خلافاً لمحمد .

***

« الباب الثاني »

(في بيان شروط الوكالة)

مادة ١٤٥٧ [يشترط ان يكون الموكل مقتدراً على ايفاء الموكل به] .

لأن الوكيل يأخذ قوة التصرف من الموكل فأذا كان الموكل لا يملك هذه القوة فلا يمكنه اعطائها للوكيل .

[بناءً عليه لا يصح توكيل الصبي غير المميز والمجنون] في حال جنونه اصلاً سواء كان التوكيل مما يعود على ضرر الموكل كتطليق الزوجة والهبة والصدقة اومشتركاً بين النفع والضرر .

[اما في الأمور التي هي ضرر محض في حق الصبي المميز لا يصح توكيله وان اذنه الولي كالهبة والصدقة] لأن الأجازة لا تقع بالعقود الباطلة .

[وفي الأمور التي هي نفع محض يصح توكيله وان لم يأذن الولي كقبول الهبة والصدقة واما في التصرفات المتعلقة بالبيع والشراء المرددة بين النفع والضرر فأن كان الصبي مأذوناً بها فله ان يوكل والا فالتوكيل ينعقد موقوفاً على اجازة وليه] .

وفي التكملة : سكر الوكيل وباع مال موكله لا يعتبر تصرفه لأن تصرف السكران يعتبر لزجره وفي تصرف الوكيل لا شيء من ذلك عند بعض الفقهاء و يعتبر تصرفه اذا كان يعرف ما فعله عند البعض الآخر .

مادة ١٤٥٨ [يشترط ان يكون الوكيل عاقلاً ومميزاً ولا يشترط ان يكون بالغاً] لانضمام رأي الموكل لرأيه .

[فيصح ان يكون الصبي المميز وكيلاً وان لم يكن مأذوناً ولكن حقوق العقد عائدة الى موكله وليست بعائدة اليه] ولو بلغ الصبي المميز لا تعود حقوق العقد اليه .

وفي البحر يجوز توكيل السفيه وتكون حقوق العقد للموكل . واذا كان الوكيل صبياً مميزاً او سفيهاً وقبض ثمن المبيع صح واذا باع الصبي المميز المأذون مالاً بالوكالة تكون حقوق العقد له لا لموكله اما في الشراء فتعود حقوق العقد له اذا كان الثمن معجلاً والا تعود للموكل . و يجب ان يكون الوكيل معلوماً فأذا قال الدائن لمدينه أعط ما لي بذمتك لمن يأتك بهذه العلامة فدفع المديون الدين لمن جاءه بها يضمن اما الجهالة اليسيرة فلا تمنع التوكيل فأذا قال رجل لأثنين وكلت احدكما ببيع مالي هذا صح التوكيل .

مادة ١٤٥٩ [يصح ان يوكل احد غيره في الخصوصات التي يقدر على اجرائها بالذات و بأيفاء واستيفاء كل حق متعلق بالمعاملات مثلاً لو وكل احد غيره بالبيع والشراء والأيجار والاستيجار والرهن والأرتهان والأيداع والأستيداع والهبة والأتهاب والصلح والأبراء والأقرار والدعوى وطلب الشفعة والقسمة وأيفاء الديون واستيفائها وقبض المال يجوز ولكن يلزم ان يكون الموكل به معلوماً] .

و يجب ان تكون الوكالة محصرة في المعـاملات فلا يجوز التوكيل باستيفاء القصاص وليس لولي المقتول ان يمتنع عن الحضور الى محل القصاص و يوكل غيره لأن الحدود تدرأ بالشبهات . وليس لكل انسان ان يوكل بكل ما يمكنه اجرائه بنفسه ولهذه القاعدة مستثنيات فالأحتطاب من الجبال المباحة حق لجميع الناس انما لا يجوز لأحد ان يوكل آخر بها واذا وكل واحتطب الوكيل يكون ما احتطبه له دون الموكل . وكذا الوكالة للأستقراض باطلة لأن الأستقراض لا يثبت الا بالقبض فلا يصح امر الموكل للوكيل بقبض القرض لأن المقروض ملك الغير فلا يجوز الامر به فأذا أضاف الوكيل القرض لنفسه صح القرض له وليس للموكل ان يطلب ذلك منه ويجوز ارسال الرسول بالقرض وله ان يضيف العقد للمرسل واذا أضاف العقد لنفسه وقبض حسب وكالته صح له ذلك كمن قال ان فلاناً يطلب منك مبلغ كذا قرضاً وقد ارسلني لأقبض ذلك منك وارسل لك هـذا الكتاب رهناً على المبلغ المذكور فأذا قبض الرسول شيئاً سلمه الى المرسل و يكون حق العقد عائداً للمرسل لا للرسول .

ولا يجوز ان يكون الموكل به مجهولاً جهالة فاحشة فأذا وكل الوكيل بشراء شيء غير معين له

لا يصح اما الجهالة اليسيرة لا تفسد التوكيل فأذا قال الموكل للوكيل بع فرسي هذا او هذا صح التوكيل ·

ولا تتضمن الوكالة بقبض الدين الأبراء والهبة وتتضمن اخذ الرهن والكفيل وتصح هذه الوكاله في جميع العقود ما عدا توكيل الكفيل بقبض الدين من المديون وتوكيل المحيل بقبض الدين من المحال عليه لأن الكفيل والمحيل يعملان لنفسهما ومن شروط الوكالة العمل للغير وتوكيل نفس المديون بقبض مابذمة نفسه من الدين ودفعه لا يوجد عمل للغير · واعلم بأن الوكالة بالبيع هي غير الوكالة بقبض الثمن فالوكيل بقبض الثمن تصح كفالته للمشتري وتصح شهادته على المشتري اما الوكيل بالبيع لا تصح كفالته ولا شهادته · وكذا اذا رد المبيع بخيار العيب يطالب الثمن من الوكيل بالبيع · ولا يطالب من الوكيل بقبض الثمن لأنه ليس بعاقد وكذا الوكيل بالقبض فانه ليس له الأبراء ولا الهبة والحط والتنزيل خلافاً للوكيل بالبيع ·

« الباب الثالث »

(في بيان الأحكام العمومية المتعلقة بالوكالة)

مادة ١٤٦٠ [يلزم ان يضيف الوكيل العقد الى موكله في الهبة والأعارة والرهن والأيداع والأقراض والشركة والمضاربة والصلح عن انكار] والطلاق والنكاح [وان لم يضفه الى موكله لا يصح] بالنسبة الى الموكل ويقع على الوكيل ·

اما المقصود من الوكيل في هذه المادة هو الوكيل الموكل ممن يثبت له الملك كوكيل الموهوب له وطالب الصدقة والمستعير والمستقرض فهذا الوكيل ليس له اضافة العقد لنفسه اما الوكيل ممن نزع منه الملك فهوحر بين ان يضيف العقد لنفسه او ان يضيفه الى موكله لذلك كان الأولى بالمجلة ان تذكر في هذه المادة كلمات (الأتهاب والأستعارة والأرتهان والأستيداع والأستقراض) بدلاً من (الهبة والأعارة والرهن والأيداع والأقراض) والسبب في ذلك هو ان الأسقاطات لا يمكن فصل السبب فيها عن الحكم فلا يقع السبب وهو العقد فيها مضافاً الى الفضولي والحكم الى المالك اما العقود التي ليست من قبيل الأسقاطات يمكن فصل السبب فيها عن الحكم كالبيع

بالشرط فيجوز فيها للوكيل ان يضيف العقد لنفسه او لموكله وعليه اذا عقد الوكيل احدى عقود الأسقاطات لنفسه كالنكاح يقع له لا لموكله ٠

مادة ١٤٦١ [لا يشترط اضافة العقد الى الموكل في البيع والشراء والأجارة والصلح عن أقرار فأن لم يضفه الى موكله واكتفى بأضافته الى نفسه صح ايضاً وعلى كلتا الصورتين لا تثبت الملكية الا لموكله ولكن ان لم يضف العقد الى الموكل تعود حقوق العقد الى العاقد يعني الوكيل] ان لم يكن محجوراً [وان أضيف الى الموكل تعود حقوق العقد الى الموكل ويكون الوكيل بهذه الصورة كالرسول] ٠

بناءً عليه اذا وكل القاضي رجلاً ببيع ماله فباعه وأضاف العقد لنفسه ثم ظهر بالمال عيب قديم وأراد المشتري رده فله اقامة الدعوى بحضور الحاكم الموكل ٠ وكذا اذا اشترى الوكيل بالشراء نسيئة وتوفي بعدها فحل الدين عليه يبقى نسيئة بحق الموكل ٠ فلو لم يكن حق العقد للعاقد لوجب على القاضي ان لا يرى الدعوى ولوجب حلول اجل الدين بوفاة الوكيل او عدم حلوله بحق الموكل والوكيل اذا توفي الوكيل ٠

ولا يكلف الوكيل بقبض المبيع والمطالبة بالثمن والمخاصمة بالعيب والرجوع بالثمن المستحق بل يكلف لتوكيل موكله بذلك ويكلف بتسليم المبيع وتسليم الثمن لأن ذلك من حقوق العقد الذي عقده ٠

وللوكيل تسليم المبيع الى المشتري واذا اخذ الوكل ماله وتمنع من تسليمه الى الوكيل الذي باعه نقداً فللوكيل ان يدخل لدار الموكل بدون اذنه ويأخذ المال ويسلمه الى المشتري وله ان يأخذ المبيع بدون اذن الموكل واذا اخذه وتلف لا يضمن اما قبل البيع فليس له اخذ المبلغ مطلقاً ٠ ويجبر المشتري على أداء الثمن للوكيل بالبيع لا للموكل ولو تحرر السند بأسم الموكل حتى ولو جن الموكل او توفي وليس للموكل اجبار المشتري على دفع الثمن له ولو تغيب الوكيل (رد المحتار) ٠ الا اذا دفع المشتري الثمن الى الموكل فليس له استرداده منه ٠

وللوكيل بالبيع التقاص مع المشتري على ثمن المبيع بمقابل ما بذمته وله الأبراء والحط والتنزيل والهبة قبل القبض ويضمن لموكله بمقابلة ذلك ما أبرأه اما بعد القبض فلا ٠ واذا حصل الأبراء

من الوكيل والموكل معاً جاز ولا يرجع الموكل على وكيله وللوكيل اقالة البيع وتأجيل الثمن قبل قبضه . ولا تصح كفالته لثمن المبيع ولا حوالة الثمن عليه بشرط براءة المشتري وله حوالة الموكل على المشتري بالثمن وتكون حوالته هذه توكيل وله توكيل موكله وعزله بعد التوكيل ما لم يكن التوكيل بحكم الحاكم بعد امتناع الوكيل عن القبض وتوكيل الموكل فليس له عزله بعد ذلك . واذا وكل الموكل وكيله بالبيع ونهاه عن قبض الثمن صح التوكيل وبطل النهي .

وكذا الخصومة بالأستحقاق وبخيار العيب فهي من حق الوكيل بالبيع ويعتبر فيها بينة المدعي وأقرار الوكيل لا اقرار الموكل لأن اقرار الموكل لا يؤثر على الوكيل ويؤخذ الثمن من الوكيل حتى ولو دفعه الى الموكل وله استرداده منه واذا أقر الوكيل بالعيب وانكر الموكل ولم يقم الوكيل البينة على دعواه وحلف الموكل اليمين يبقى المال على الوكيل لا على الموكل لأن وكالة الوكيل بالبيع تمت بتسليم المال الى المشتري وصار اقراره غير ملزم للموكل .

[مثلاً لو باع الوكيل بالبيع مال الموكل واكتفى بأضافة العقد الى نفسه ولم يضفه الى موكله يكون مجبوراً على تسليم المبيع الى المشتري وله ان يطلب الثمن من المشتري]

وليس للبائع ان يطلب الثمن من موكل الوكيل بالشراء [واذا خرج للمال المشترى مستحق وضبط بعد الحكم فيرجع المشتري على الوكيل بالبيع يعني يطلب الذي أعطاه اياه منه والوكيل بالشراء اذا لم يضف العقد الى موكله على هذا الوجه يقبض المال الذي اشتراه ويجبر على اعطاء ثمنه للبائع من ماله وان لم يتسلم الثمن من موكله واذا ظهر عيب قديم في المال المشترى فللوكيل حق المخاصمة لأجل رده ولكن اذا كان الوكيل قد أضاف العقد الى موكله بأن عقد البيع بقوله بعت بالوكالة عن فلان واشتريت لفلان فعلى هذا الحال تعود الحقوق المبينة آنفاً كلها الى الموكل ويبقى الوكيل في حكم الرسول في هذه الصورة] .

وللوكيل بالشراء قبول المبيع معيباً وللموكل بعد ذلك الخيار اما ان يقبل المبيع واما ان يرده

ويضمنه للوكيل · واذا ظهر للمبيع شفيع فالدعوى تقام على الوكيل بالشراء اذا كان المبيع في يده والا على الموكل · واذا اطلع الموكل على عيب المبيع بعد وفاة الوكيل بالشراء فلورثة الوكيل رده واذا لم يكن له وارث يعود الرد الى الموكل (رد المحتار) ·

وكذا الحكم بالوكيل بالأيجار فله تسليم المأجور وقبض الأجرة وأبراء المستأجر والتقاص معه وتوكيل غيره لقبض البدل وفسخ الأيجار بعد العقد وقبل مضي المدة ·

مادة ١٤٦٢ [تعود حقوق العقد في الرسالة الى المرسل ولا تتعلق بالرسول اصلاً]

سواء كان رسولاً في الأصل او كان وكيلاً وأضاف العقد الى موكله أما اذا أضاف العقد لنفسه يطالب بحقوق العقد في بعض العقود ولو كان رسولاً فأذا أضاف الرسول عقد الأستقراض لنفسه يقع الأستقراض له ويجبر على أداء ما استقرضه · وكذلك الحكم بالرسالة بالشراء · أما الرسول بالبيع فليس له اضافة العقد لنفسه لأن الرسالة لا تتضمن الوكالة · واذا اختلف البائع والمشتري بالرسالة والوكالة فقال البائع انا رسول وقال المشتري انت وكيل فالقول قول مدعي الرسالة ما لم يكن الرسول أضاف العقد لنفسه فلا يصدق حينئذ بدعواه الرسالة ·

مادة ١٤٦٣ [المال] المبيع او الثمن [الذي قبضه الوكيل بالبيع والشراء وأيفاء الدين واستيفائه وقبض العين من جهة الوكالة هو في حكم الوديعة في يده واذا تلف بلا تعدٍ ولا تقصير فلا يلزم الضمان والمال الذي في يد الرسول من جهة الرسالة هو ايضاً في حكم الوديعة] ·

وليس للوكيل ان يسلم مال موكله الى من لا يعرفه واذا سلمه او باعه وتلف المبيع او الثمن يضمن · وفي الأنقروي اذا قال الدلال ان المال المسلم لي لأجل البيع ضاع مني ولا اعلم كيف ضاع يضمن · اما النسيان فليس بتعدٍ فأذا سلم الوكيل مال موكله الى عامل ليصلحه كالساعة مثلاً ونسي بعد ذلك الى من سلمه لا يضمن ·

وفي التنقيح اذا قبض الوكيل بالبيع ثمن المبيع ومات مجهلاً يضمن · وكذا الحكم بالوكيل بالشراء فهو امين فأذا اخذ من موكله مبلغاً لشراء حصان فسرق المبلغ من داره وتلف الحصان بيده بدون تعد فضمان الثمن والمبيع على الموكل لا على الوكيل ·

واذا اختلف الموكل والوكيل بالشراء فقال الموكل اشتريت هذه الدابة بعشر ليرات وقال الوكيل بعشرين فاذا كانت قيمة الدابة تساوي عشرين ليرة فالقول قول الوكيل والا قول الموكل وذلك فيما قبضه الوكيل بالوكالة اما فيما قبضه غصباً لا يكون اميناً ولو وكله المغصوب منه بتسليمه لآخر ولا يصدق بيمينه بذلك .

مادة ١٤٦٤ [لو ارسل المديون دينه الى الدائن وقبل الوصول اليه تلف في يد الرسول فاذا كان رسول المديون يتلف من مال المديون واذا كان رسول الدائن يتلف من مال الدائن ولا يبرأ المديون من الدين] .

ولا يضمن الرسول ما تلف في يده اذا كان التلف بلا تعد . واذا اخذ رسول المديون الدين الى الدائن فقال الدائن اشتر به دابة وتلف المال بعد ذلك بيد الرسول يتلف من مال الدائن .

مادة ١٤٦٥ [اذا وكل احد شخصين على امر فليس لأحدهما وحده التصرف في الخصوص الذي وكلا به] .

لأن الموكل رضي باجتماع رأيهما . وكذلك الوكالة بالبيع فلا يكفي فيها تصرف احد الوكيلين ولو كان الثمن معيناً لأن الموكل وكلهما استفادة من رأيهما بزيادة الثمن واختيار المشتري . وفي رد المحتار يجب اجتماع رأي الوكيلين ولو كان احدهما صبياً محجوراً . وفي البحر اذا توفي احد الوكيلين او جن فليس للوكيل الآخر الانفراد بها . وكذا الوكالة بقبض الهبة وبقبض الدين فلا يجوز لأحد الوكلاء الانفراد بها لأن الموكل رضي بتعدد الوكلاء حفظاً للدين المقبوض وللهبة المقبوضة فانفراد احدهما لا ينفذ بحق الموكل الا اذا اجازه الوكيل الآخر . وقد ورد في البحر اذا باع احد الوكيلين المال بحضور الوكيل الآخر فأجازه او بغيابه فأجازه لما سمع به صح البيع . وفي البهجة اذا قبض احد الوكيلين الهبة او قبض الدين واجاز له الموهوب له قبضه او الدائن عمله صح القبض .

واذا اشترى احد الوكيلين بالشراء المال واضاف العقد لنفسه ينعقد البيع له دون موكله ولو اجازه الموكل . وفي الهندية اذا استأجر احد الوكيلين بالايجار المأجور لنفسه تنعقد الاجارة له واذا اعطى المأجور الى موكله وقبضه تنعقد بينهما الاجارة بالتعاطي .

واذا قبض احد الوكيلين الدين وتلف في يده قبل الأجازة لا تبرأ ذمة المديون من الدين ويعتبر تصرف الوكيل باطل . وكذا اذا استرد احد الوكيلين الموكلين بأسترداد عين معلومة العين وتلفت بيده يضمنها كلها ولا يقال بأنه وكيل مع آخر ووكالته تفيد الاشتراك فتعتبر في قبض النصف فقط ويجب عليه ضمان النصف لانه ليس له القبض بدون الوكيل الآخر [ولكن اذا كانا وكلاء لخصومة او لرد وديعة] والأولى ان يقال لرد عين كرد العين المغصوبة او المستعارة او المبيع بالبيع الفاسد وتسليم هبة او لطلاق بغير المال [او ايفاء دين فلأحدهما ان يوفي الوكالة وحده واما اذا وكل احد آخر لأمر ثم وكل غيره رأساً على ذلك الأمر فأيهما اوفى الوكالة جاز] واذا اوفاه الوكيلان يعتبر عمل الأول منهما واذا لم يعلم عمل من منهما كان مقدماً على الآخر يعتبر عمل الأثنين واذا كانا وكيلين بالبيع يملك كل من المشترين نصف المبيع بنصف الثمن .

وكذا الاوصياء والحكام ونظار الوقف اذا تعددوا لا يجوز لأحدهم ان يتصرف بدون الآخر .

مادة ١٤٦٦ [ليس للوكيل ان يوكل غيره] قصداً [في الخصوص الذي وكل به] واذا وكل لا ينفذ هذا التوكيل لأن الموكل رضي برأي الوكيل الاول ولم يرض برأي الوكيل الثاني .

قلنا في الخصوص الذي وكل به لأن للوكيل توكيل غيره وتوكيل الموكل بحقوق العقد كتسليم المبيع وقبض الثمن اما اذا وكل الوكيل الأول وكيلاً لقبض الثمن بدون اذن الموكل فقبض الوكيل الثاني الثمن وتلف بيده او مات مجهولاً فالضمان على الوكيل الأول عند الامام الاعظم .

وكذا قلنا قصداً فأذا قام فضولي بأحكام الوكالة واجاز له الوكيل عمله جاز لأن الموكل يقصد بتوكيله انضمام رأي الوكيل وهذا متصل بالأجازة ومحله في العقود اما بغيرها كالخصومة وقضاء الدين والأبراء من الدين والطلاق فلاتنفع الأجازة في ذلك لأن الوكيل ليس له توكيل غيره ولا اجازة عمله فيها اصلاً الا اذا اجاز الموكل عمل الوكيل الثاني فيكون الوكيل الثاني وكيل الوكيل الأول ويصح عمله وقوله .

[ألا ان يكون قد اذنه الموكل بذلك او قال له اعمل برأيك فعلى هذا الحال للوكيل ان يوكل غيره ويصير الشخص الذي وكله الوكيل بهذا الوجه وكيلاً للموكل ولا يكون وكيلاً لذلك الوكيل حتى لا ينعزل الوكيل الثاني بعزل الوكيل الأول او بوفاته] .

وليس لهذا الوكيل الثاني توكيل غيره . وفي البحر اذا قال الموكل لوكيله اعمل برأيك فوكل الوكيل آخر فليس للوكيل الثاني بيع مال الموكل للوكيل الأول وليس للوكيل الأول عزل الوكيل الثاني الا اذا كان مأذوناً بذلك او قال له الموكل اصنع ما شئت . وفي الأنقروي اذا قال الموكل لوكيله وكل فلاناً فوكله انعزل الوكيل الأول من الوكالة لأنتهائها وليس للوكيل الأول عزل الوكيل الثاني . وفي رد المحتار الوكيل بدفع الزكاة له توكيل غيره وهذا الوكيل الثاني له توكيل غيره وكذا الوكيل الثالث .

مادة ١٤٦٧ [اذا اشترطت الأجرة في الوكالة واوفاها الوكيل فيستحقها وان لم تشترط ولم يكن الوكيل ممن يخدم بالأجرة فيكون متبرعاً وليس له مطالبة الأجرة] .

واذا وكل احد وكيلاً لخصومة بأجرة معلومة ولم يوقت له وقتاً فالأجارة فاسدة يستحق فيها اجر المثل ان عمل والا فلا .

***

﴿ الفصل الثالث ﴾

(في بيان الوكالة بالشراء]

بحثت المجلة عن الوكاله بالبيع والشراء والخصومة ولم تبحث عن الوكالة بالأيجار والأستئجار والرهن والأعارة والأستعارة والقرض لكثرة الأحتياج الى البيع والشراء والخصومة والا فالوكالة تقع بحق كل هذه العقود .

مادة ١٤٦٨ [يلزم ان يكون الموكل به معلوماً بحيث يكون ايفاء الوكالة قابلاً على حكم الفقرة الأخيرة من مادة ١٤٥٩] لأن الموكل به اذا لم يكن معلوماً يمتنع عن الوكيل ايفاء ما وكل به . يستثنى من ذلك المضاربة وسائر الشركات لأنها وان كانت تتضمن الوكالة الا ان القصد فيها اكتساب المال والأجناس والأنواع من حيث المال متساوية .

[وهو ان يبين الموكل جنس الشيءَ ألذي يريد اشترائه وان لم يكن بيان جنسه كافياً بأن كانت له انواع متفاوتة يلزم ان يبين نوعه او ثمنه وان لم يبين جنس الشيء او بين وكانت له انواع متفاوتة ولم يعين النوع او ثمنه لا تصح الوكالة الا ان يكون وكله بوكالة عامة مثلاً لو وكل احد غيره بقوله اشترِ لي فرساً تصح الوكالة واذا اراد أحد ان يوكل غيره على ان يشتري له قماش ثياب فيلزم ان يبين جنسه يعني قماش حرير او قماش قطن مع بيان نوعه بقوله هندي او شامي او ثمنه بقوله ان يكون طاقته بكذا دراهم وان لم يبين جنسه وقال اشترِ لي دابةً او ثياباً او قال حريراً ولم يبين نوعه او ثمنه فلا تصح الوكالة ولكن لو قال اشتر لي قماش ثياب او حريراً من أي جنس ونوع كان فهو مفوض الى رأيك تكون الوكالة عامة وللوكيل ان يشتري من أي نوع وجنس شاء] .

وكذا اذا اعطى احد آخر عشر ليرات وقال له اشتر لي بهذا المبلغ ما شئت يكون التوكيل عاماً وصحيحاً اما الجهالة في الثمن لا تمنع التوكيل فأذا وكل احد آخر ببيع مال ولم يعين له الثمن صحت الوكالة لأن اجناس الثمن بأكتساب المال متساوية .

الخلاصة ان الموكل به اما ان يكون عاماً واما ان يكون مقصود الموكل منه معلوماً في الجملة حسب ما تعارف به اهل المحيط فتكون الوكالة صحيحة والا فلا خلافاً للبيع فأنه يجب فيه ان يكون المبيع والثمن معلوماً معلوميةً تامة لأن الوكالة تبتني على الثقة بالوكيل .

مادة ١٤٦٩ [يختلف الجنس بأختلاف الأصل او القصد او الصنعة ايضاً

مثلاً بز القطن و بز الكتان مختلفا الجنس لأختلاف اصلهما وصوف الشاة وجلدها مختلفا الجنس بحسب اختلاف المقصد لأن المقصد من الجلد اعمال الجراب ومن الصوف اعمال الخصوصات المغايرة لذلك كنسج الجوخ وما اشبه ذلك وجوخ الافرنج مختلف الجنس مع صوف الروم بحسب اختلاف الصنعة مع كون كل منهما معمولاً من الصوف] .

الجنس ما يدخل تحته احكام تتغاير انواعها ويكون تارةً بحسب خلقة الشيء وتارة بحسب القابلية وتارة بحسب الغرض الكمالي وهو الصنعة .

مادة ١٤٧٠ [اذا خالف الوكيل بالشراء في الجنس يعني لو قال الموكل اشترِ من الجنس الفلاني واشترى الوكيل من غيره فلا يكون نافذاً في حق الموكل وان كانت فائدة الشيء الذي اشتراه ازيد يعني يبقى المال الذي اشتراه الوكيل عليه ولا يكون مشترى للموكل] . خلافًا للوكيل بالبيع فأن بيعه اذا كان غير نافذ يبقى موقوفًا على اجازة الموكل واذا لم يجز يبقى المال للموكل لا للمشتري .

مادة ١٤٧١ [لو قال الموكل اشترِ لي كبشاً واشترى الوكيل نعجةً لا يكون الشراء نافذاً في حق الموكل وتكون النعجة للوكيل] .

مادة ١٤٧٢ اذا تبدل الموكل به بصورة توجب تبدل اسمه عزل الوكيل من الوكالة مثلاً [لو قال الوكيل اشتر لي العرصة الفلانية وانشئ على العرصة بناء] قبل شرائها [فليس للوكيل ان يشتريها] واذا أشتراها تكون للوكيل وكذا اذا وكل الوكيل لشراء ارض فليس له اخذها بعد ان تغرس فيها الأشجار . وكذا وكله لشراء حصرم فأشتراه عنباً كان ما اشتراه له لا للموكل [ولكن لو قال اشترِ لي الدار الفلانية ثم اضيف اليها حائط او

صبغت فللوكيل ان يشتريها بالوكالة على هذا الحال]

ماة ١٤٧٣ [لو قال الموكل اشتر لي لبناً ولم يصرح بكونه اي لبن يحمل على اللبن المعروف في البلدة]

مادة ١٤٧٤ [لو قال الموكل اشتر لي ارزاً فللوكيل ان يشتري من الأرز الذي يباع في السوق اي نوع كان]

مادة ١٤٧٥ [لو وكل احد آخر على ان يشتري له داراً يلزم ان يبين ثمنها والمحلة التي هي فيها وان لم يبين لا تصح الوكالة]

لأن البيوت تختلف بأختلاف المحلات والأماكن والجوار وكذا اذا قال الموكل لوكيله خذ لي داراً بمائة ليرة لا تصح الوكالة

مادة ١٤٧٦ [لو وكل احد آخر على ان يشتري له لؤلؤة او ياقوتة حمراء يلزم ان يبين مقدار ثمنها والا فلا تصح الوكالة]

مادة ١٤٧٧ [يلزم بيان الموكل به في المقدرات مثلاً لو وكل احد آخر ليشتري له حنطة يلزم ان يبين مقدار كيلها او ثمنها بقوله بكذا دراهم والا فلا تصح الوكالة]

ويجوز للوكيل بيان القدر والثمن معاً وفي مثل هذه المكيلات اوالموزونات والعدديات المتقاربة التي تنقسم فيها اجزاء الثمن على اجزاء المثمن لا تفسد فيها الوكالة في القدر اليسير الداخل بين الوزنين فأذا قال الموكل للوكيل خذلي عشرة ارطال لحم بخمسين قرشاً فأخذ الوكيل عشرة ارطال ونصف بخمسين قرشاً صح الشراء بالوكالة اما اذا اخذ الوكيل عشرين رطلاً بخمسين قرشاً يقع البيع الى الموكل بنصف المبيع و بنصف الثمن والباقي للوكيل . وليس للوكيل مخالفة الموكل بالثمن اذا وكله لشراء العدديات المتفاوتة كالخام والاقمشة واذا خالف يكون ما اشتراه له لا لموكله .

مادة ١٤٧٨ [لا يلزم بيان وصف الموكل به بقوله مثلاً اعلى او ادنى] لان

الوكالة للأستعانة وفي تعيين الوصف حرج ومشقة [ولكن يلزم ان يكون وصف الموكل به او ثمنه موافقاً لحال الموكل مثلاً لو وكل المكاري احداً بأشتراء دابة له فليس للوكيل ان يشتري بعشرين الف قرش فرساً نجدياً وان اشترى لا يكون نافذاً بحق الموكل يعني لا يكون ذلك الفرس مشترى للموكل وانما يبقى على الوكيل].

مادة ١٤٧٩ [اذا قيدت الوكالة بقيد فليس للوكيل مخالفته]. في الجنس اصلاً خيراً او شراً وفي القدر والوصف شراً سواء كان القيد راجعاً للثمن او للمبيع [فأن خالف لا يكون شرائه نافذاً في حق الموكل ويبقى المال الذى اشتري عليه ولكن اذا خالف بصورة فائدتها ازيد في حق الموكل فلا تعد مخالفة يعني مثلاً لوقال احد اشتر لي الدار الفلانية بعشرة آلاف واشتراها الوكيل بأزيد فلا يكون شراؤه نافذاً في حق الموكل وتبقى الدار عليه واما اذا اشتراها بأنقص فيكون قد اشتراها للموكل لذلك لو قال اشتر نسيئةً واشترى الوكيل نقداً يبقى المال على الوكيل واما لو قال الموكل اشتر نقداً واشترى الوكيل نسيئة يكون قد اشتراه للموكل].

الخلاصة اذا خالف الوكيل بالشراء موكله بالجنس خيراً او شراً او بالقدر والوصف شراً لا ينفذ تصرفه بحق موكله واذا خالفه بالقدر والوصف خيراً ينفذ.

مادة ١٤٨٠ [اذا اشترى احد نصف الشيء الذي وكل بأشترائه فأن كان تبعيض ذلك الشيء مضراً لا يكون نافذاً بحق الموكل والا ينفذ مثلاً لو قال اشتر لي طاقة قماش واشترى الوكيل نصفها لا يكون شراؤه نافذاً في حق الموكل ويبقى ذلك على الوكيل اما لو قال اشتر ستة اكيال حنطة واشترى ثلاثة فيكون قد اشترى للموكل].

وكذا اذا وكله بشراء قيمي متعدد فاشترى بعضه يكون قد اشتراه للموكل اذا كان لا ضرر بتبعيضه . وكذا اذا وكله بشراء دار بألف قرش فاشترى له نصف دار نصفها الاخر للموكل في الأصل صح الشراء للموكل لعدم وجود الضرر للموكل بهذا التبعيض (هندية) .

اما لو اشترى الوكيل نصف الدار واشترى بعده الموكل النصف الثاني يكون ما اشتراه الوكيل لنفسه لا للموكل . وكذا وكله لشراء دابتين بمبلغ معلوم فاشترى واحدة منهما بغبن يسير لا ينفذ شراؤه على الموكل واذا اشترى الدابة الثانية بباقي الثمن صح الشراء للموكل بالدابتين .

مادة ١٤٨١ [اذا قال الموكل اشتر لي جوخ جبة ولم يكن الجوخ الذي اشتراه الوكيل كافياً للجبة فلا يكون شراؤه نافذاً ويبقى الجوخ عليه] .

مادة ١٤٨٢ [كما يصح للوكيل باشتراء شيء بدون بيان قيمته ان يشتري ذلك الشيء بقيمةِ مثله كذلك يصح له ان يشتريه بغبن يسير ولكن لا يعفى الغبن اليسير ايضاً في الأشياء التي سعرها معين كاللحم والخبز واما اذا اشترى بغبن فاحش فلا ينفذ شراؤه على الموكل بكل حال ويبقى المال على ذمته] .

ولا يتملكه الموكل ولو أجاز العقد اخيراً وقبل به وذلك لأن الغبن اليسير مغتفر لوكيل شراء شيء مطلق او معين دون الفاحش بخلاف وكيل البيع فأنه يغتفر له البيع على ما سيأتي في المادة (١٤٩٤) والسبب في ذلك هو ان الوكيل بالبيع قد لا يتيسر له البيع بدون الغبن الفاحش لأن سلعته معينة بخلاف وكيل الشراء فمقصوده غير متعين .

مادة ١٤٨٣ [الأشتراء على الأطلاق يصرف للشراء بالنقود وبهذه الصورة الوكيل بشراء شيء اذا بادله بشيء مقايضة فلا ينفذ في حق الموكل ويبقى على الوكيل]

واذا قال الموكل للوكيل اشتر لي هذا الحصان بفرسك واشتراه له وقع البيع على الموكل ولزمه اعطاء الوكيل ثمن فرسه واذا غلب في بلد ثمن من غير النقود كالشعير والحنطة على ما هو واقع في كثير من بلاد طرابلس الغرب وجب اعتباره مثل النقد ويكون المشترى به للموكل اتفاقاً واذا خالف كان للوكيل لأن الوكيل عند المخالفة يصير معزولاً من الوكالة حكماً والعاقد اهل لحكم ما أجراه من العقد .

مادة ١٤٨٤ [اذا وكل احد آخر بشراء شيء لازم لموسم معين فتصرف الوكالة لذلك الموسم مثلاً لو وكل احد آخر في موسم الربيع باشتراء جبة شالية يكون قد وكله لاشتراء جبة على ان يستعملها في هذا الصيف فأذا اشتراها الوكيل بعد مرور موسم الصيف او في ربيع السنة الآتية فلا ينفذ شراؤه بحق الموكل وتبقى الجبة على الوكيل] ٠

وكذا اذا وكله لشراء الفحم في الشتاء او لشراء الأضحية في العيد او الحبوب لزرعها في موسم الشتاء فتصرف الوكالة للشراء في الشتاء والعيد واذا اشترى الوكيل بعد مضي الموسم يكون ما اشتراه له لا لموكله ٠

مادة ١٤٨٥ [ليس لمن وكل باشتراء شيء معين ان يشتري ذلك الشيء لنفسه حتى وان قال عند اشترائه اشتريت هذا لنفسي لا يكون له بل يكون للموكل] ٠

حتى ولو عزل الوكيل نفسه من الوكالة ولم يخبر الموكل لأن الموكل قد اعتمده بشراء ذلك الشيء المعين فأذا اشتراه لنفسه يكون قد عزل نفسه وشراء الوكيل المال لنفسه هو انعزال من الوكالة والأنعزال لا يتم الا بتبليغ الموكل الا اذا وكل الوكيل وكيلاً آخر بشراء ما وكل بشرائه لنفسه واشتراه له فيقع البيع للوكيل الأول لا لموكله ٠

ايضاح القيود : ان كلمة باشتراء الواردة في هذه المادة هي قيد احترازي يحترز بها من الوكالة بالنكاح فأذا عقد الوكيل عقده على الأمرأة الموكل بأجراء عقد نكاحها على موكله كان النكاح له دون الموكل ٠ واذا وكل الوكيل من اثنين لشراء مال واحد بثمن واحد فله الشراء للموكل الأول لا للموكل الثاني ما لم يسم الموكل الثاني ثمناً مخالفاً للثمن الذي سماه الموكل الأول من حيث الجنس و يشتري الوكيل بهذا الثمن ٠

وفي الهندية اذا قال رجل لآخر اشتر المال الفلاني مشتركاً بيننا فقال له نعم ثم قال له آخر اشتر المال الفلاني بيننا مشتركاً فقال له نعم ثم قال له آخر كذلك فقبل منه و بعد ذلك اشترى المال ينظر فأذا كان قد قبل توكيل الموكل الثالث بحضور الموكلين الأول والثاني يكون المال

مشتركاً بينه و بين الموكل الثالث واذا قال له نعم بغيابهما يكون شراؤه المال للموكل الأول فقط ٠

[الا ان يكون اشتراه بثمن أزيد من الثمن الذي عينه الموكل او بغبن فاحش]

او بدون خيار الشرط اذا اشترط الموكل اخذه بالخيار ٠ او خالف الموكل بالجنس او اشتراه بغير النقود او اشتراه بعد ان عزل نفسه من الوكالة و بلغ موكله العزل ٠

[وان لم يكن الموكل قد عين الثمن فيكون حينئذ ذلك المال للوكيل وايضاً لو قال الوكيل اشتريت هذا لنفسي حال كون الموكل حاضراً يكون ذلك المال للوكيل]

وهذا فيما اذا أضاف الوكيل العقد لنفسه اما اذا أضافه الى موكله يبقى موقوفاً ٠

مادة ١٤٨٦ [لو قال احد لآخر اشتر لي فرس فلان وسكت الوكيل من دون ان يقول لا او نعم وذهب واشترى ذلك الفرس فأن قال عند شرائه اشتريته لموكلي يكون لموكله وان قال اشتريته لنفسي يكون له واذا قال اشتريته ولم يقيد بنفسه او موكله ثم قال اشتريته لموكلي فان كان قد قال هذا قبل تلف الفرس او حدوث عيب فيه يصدق وان قال بعد ذلك فلا] ٠

واذا اختلف الموكل والوكيل بفرس فقال الوكيل اشتريتها لك وقال الموكل اشتريتها لنفسك ينظر فالفرس اما ان يكون معيناً او غير معين والثمن اما ان يكون قد اعطي للوكيل ام لم يعط والفرس بهذه الصور الأربع اما ان يكون سالماً او تالفاً فبهذه الصور الثمانية اذا كان الثمن منقوداً فالقول قول الوكيل واذا كان الثمن غير منقود ينظر فأذا كان الفرس قد تلف فالقول قول الموكل واذا كان حياً فالقول قول الوكيل ٠

مادة ١٤٨٧ [لو وكل شخصان كل منهما على حدةٍ احداً على ان يشتري شيئاً فلأيهما قصد الوكيل وأراد عند اشتراء ذلك الشيء يكون له] ٠

اذا كان ذلك الشيء غير معين واذا كان معيناً يبقى للوكيل حق اختيار اي الوكالتين أراد فأذا قبل وكالة الموكل الثاني بحضور الأول يكون قد الغى الوكالة الأولى والا تعتبر الوكالة الأولى لا الثانية ٠

مادة ١٤٨٨ [لو باع الوكيل بالشراء ماله لموكله لا يصح] .

وله ان يشتري له من آخر ما باعه له. وكذا ليس له ان يشتري لموكله مال مفاوضه وابنه الصغير ومن لا تقبل شهادتهم له الا بأقل من ثمن المثل او بتصريح الموكل واذنه او يقول الموكل له اشتر ممن شئت فيجوز له بعد ذلك ان يشتري ذلك المال من هؤلاء.

وكذا ليس للوكيل بالشراء ان يشتري المال المغصوب من موكله واذا اختلفا بذلك ينظر فأذا كان الثمن مدفوعاً من الموكل الى الوكيل لا يقبل قول الموكل واذا كان الثمن غير مدفوع فالقول قول الموكل .

مادة ١٤٨٩ [اذا اطلع الوكيل] بالشراء [على عيب المال الذي اشتراه] بعد ان استلمه من البائع [وقبل ان يسلمه الى الموكل فله ان يرده بلا اذنه ولكن ليس له ان يرده بلا امر الموكل وتوكيله بعد التسليم اليه] .

واذا اطلع على العيب قبل القبض فله قبوله او رده حتى ولو كان العيب يسيراً واذا قبله وكان فاحشاً يبقى المبيع له ان شاء الموكل واذا توفي الوكيل بالشراء فلوصيه ووارثه اجراء ذلك .

اما لو استلم المبيع وسلمه الى موكله وظهر العيب فيه يكون حق طلب الرد بخيار العيب الى الموكل لا للوكيل .

مادة ١٤٩٠ [اذا اشترى الوكيل المال مؤجلاً فهو في حق الموكل مؤجل ايضاً وليس له ان يطالب بثمنه نقداً] .

واذا توفي الوكيل وحل الأجل بحقه يدفع ورثته الثمن حالاً وينتظروا حلول الأجل فيقبضوا الثمن من الموكل .

[ولكن بعد اشتراء الوكيل نقداً اذا اجل البائع الثمن فللوكيل ان يطلب الثمن من الموكل نقداً] .

وكذا اذا وهب البائع للوكيل الثمن وأبرأه منه دفعة واحدة يرجع على موكله الا اذا كانت

الهبة والأبراء على دفعات متفرقة فتكون حطاً وتنزيلاً وتلحق المبيع فيستفيد منها الموكل والوكيل لا يستفيد الا من الهبة الأخيرة والأبراء الأخير فقط ٠

مادة ١٤٩١ [اذا أعطى الوكيل بالشراء ثمن المبيع من ماله وقبضه] ولو بدون اذن الوكيل [فله ان يرجع به على الموكل يعني ان يأخذ الثمن الذي أعطاه من الموكل وله ايضاً ان يحبس المال المشترى و يطلب ثمنه من موكله] اذا كان معجلاً [الى ان يتسلم الثمن وان لم يكن قد أعطاه للبائع] ٠ لأن حقوق العقد تعود الى العاقد الوكيل فله المطالبة ودفع الثمن ولو بدون امر الموكل ٠

وكذا اذا قال الموكل للوكيل اشتر لي هذا الفرس بدابتك فاشتراها بها يكون له طلب قيمة دابته من الموكل وحبس ما اشتراه الى ان يقبض البدل لذلك فأن كلمة الثمن الواردة في هذه المادة ليست بقيد احترازي ٠ واذا اشترى الوكيل بالثمن المؤجل فليس له حبس المبيع من اجل قبض الثمن وكذا اذا دفع الوكيل الثمن من ماله فليس له حبس المبيع من اجله و بما ان الثمن يتعين بالتعيين بفروع الوكالة فأذا تلف بيد الوكيل يعزل من الوكالة واذا اشترى الوكيل المال وتلف الثمن بيده قبل الدفع يعود على موكله بمثله ٠

مادة ١٤٩٢ [اذا تلف المال المشترى في يد الوكيل بالشراء او ضاع قضاءً فيتلف من مال الموكل ولا يسقط من الثمن شيء] واذا دفع الوكيل الثمن من ماله يرجع به على الموكل واذا اخذ الوكيل المال على وجه السوم وتلف يرجع بثمنه على موكله اذا كان اذنه بالسوم والا فلا [ولكن لو حبسه الوكيل لأجل استيفاء الثمن وتلف في ذلك الحال أو ضاع يلزم الوكيل أداء ثمنه] ٠

واذا حبس الوكيل المبيع وتعيب فللموكل الخيار ان شاء اخذه معيباً ودفع تمام الثمن وان شاء تركه للوكيل واذا قبض الوكيل جانباً من الثمن وحبس المبيع من اجل الباقي وتلف يكون ما قبضه الوكيل له وليس له الرجوع على الموكل بباقي الثمن لحبسه المبيع ٠

مادة ١٤٩٣ ضابطة : كل من ملك انشأ العقد يملك الأقالة يستثنى من ذلك خمس مسائل وهي :

١ — [ليس للوكيل بالشراء ان يقيل البيع بدون اذن الموكل] لأن الوكيل مملك لا مالك والأقالة من حق المالك ·

٢ — ليس للوكيل بالأستيجار أقالة الأجارة بعد القبض ·

٣ — ليس للمتولي الأقالة اذا اشترى بأقل القيمة او بأكثرها ·

٤ — ليس للوصي الأقالة اذا اشترى بأقل القيمة او باع بأكثرها ·

٥ - ليس للصبي المأذون ان يقبل ما اشتراه بأقل القيمة او ما باعه بأكثرها ·

***

الفصل الثاني

(في الوكالة بالبيع)

[للوكيل بالبيع مطلقاً ان يبيع مال موكله بالثمن الذي يراه مناسباً قليلاً كان او كثيراً] عند الأمام الأعظم وله ان يبيع مال موكله بغبن يسير و بغبن فاحش لعدم وجود التهمة خلافاً للوكالة بالشراء وخلافاً للبيع بالصرف لأنه من وجه بيع ومن وجه شراء فلا يقع بالغبن الفاحش · وفي رد المحتار اذا وكل احد آخر ببيع ماله ثم بيع المال من الموكل والوكيل ولم يعلم من هو البائع الأول يعتبر بيع الموكل ·

مادة ١٤٩٥ [ليس للوكيل ان يبيع بأنقص مما عينه الموكل يعني اذا كان الموكل قد عين ثمناً فليس للوكيل ان يبيع بأنقص من ذلك واذا باع فينعقد البيع موقوفاً على أجازة موكله ولو باعه بنقصان الثمن بلا اذن الموكل وسلم المال الى المشتري فللموكل ان يضمنه ذلك المال] ·

واذا قال له بع فرسي هذا بالثمن الذي باع فلان فرسه فيه فسأل فقيل له ان الفرس بيع

بعشرين ليرة عثمانية فباع الفرس بهذا الثمن ثم علم ان الثمن كان ثلاثين ليرة لا ينفذ بيعه واذا علم ان ذاك الرجل كان له فرسين فباع احدهما بعشرين والثانية بثلاثين ليرة يقع البيع استحساناً ٠

مادة ١٤٩٦ [اذا اشترى الوكيل بالبيع مال موكله لنفسه فلا يصح] ٠

وكذا لا يصح له بيع مال موكله لعبده ولطفله الصغير ولمكاتبه ولا دين له عليه الا ان يبيع مال الموكل من آخر ثم يشتريه منه وكذا الحكم بالوكالة بالفراغ لوجود التهمة في هذه البيوع ولتولي الوكيل طرفي العقد في بعضها ٠

مادة ١٤٩٧ [ليس للوكيل بالبيع ان يبيع مال موكله لمن لا تجوز شهادتهم له الا ان يكون قد باعه بأزيد من ثمن المثل فحينئذ يصح وايضاً ان كان الموكل قد وكله وكالةً عامةً بقوله بعه لمن شئت ففي ذلك الحال يجوز بيعه بثمن المثل لهؤلاء] ٠

وكذا الحكم بالأجارة والسلم والصرف يستثنى من ذلك الوصي والمضارب والشريك فلهم بيع مال الصغير والمال المشترك ممن لا تقبل شهادته لهم الا اذا كان البيع بمحاباة ٠

وكذا اذا عين الموكل ثمناً للمبيع فباعه الوكيل بالثمن المعين ممن لا تقبل شهادتهم له او قال الموكل بع هذا المال من ابنك البالغ فلان فباع جاز البيع ٠

وفي الهندية ما خلاصته : ليس للوكيل بالبيع ان يبيع مال موكله ممن لا تقبل شهادتهم له بغبن فاحش ولا بغبن يسير اما بثمن المثل ففيه روايتان عن ابي حنيفة والظاهر انه لا يجوز الا ان يبيعه من عبده او مكاتبه ولا دين له عليه او من نفسه او من طفله فليس له ذلك بالأجماع ولو اذن له الموكل بذلك ٠

ويظهر لي ان بيع الطفل والعبد والمكاتب ملحق بالنفس فكما لا يجوز للوكيل بالبيع ان يبيع مال موكله من نفسه وبتولي طرفي العقد فكذلك ليس له ان يجمع بين الوكالة والولاية ويبيع مال موكله لطفله واذا رجعنا الى نسخة المجلة التركية نراها استعملت في المادة ١٤٩٦ كلمة اخذ بدلاً من اشترى او في المادة ١٤٩٧ استعملت كلمة باع وهذا يدلنا ايضاً على تولي الوكيل طرفي العقد في المادة ١٤٩٦ وعلى كون الطرف المشتري عاقل بالغ له القيام عن نفسه في المادة ١٤٩٧ ومن البديهي ان الولد متى بلغ انفصل عن ابيه في الملك والمال والمنافع فلا تهمة بالبيع له بثمن

المثل اذا كان بالغاً ولا تقاس الشهادة على البيع في ذلك لأن البيع معاوضة والشهادة قيام بأثبات حق يمكن حصوله من غير الشاهد ٠

مادة ١٤٩٨ [للوكيل المطلق بالبيع ان يبيع مال موكله نقداً او نسيئة لمدة معروفة بين التجار في حق ذلك المال وليس له ان يبيعه لمدة طويلة مخالفة للعرف والعادة] عند ابي يوسف ومحمد [وايضاً ان كان قد وكل بالبيع بالنقد صراحة اودلالةً كمن وكل لبيع غزل امرأة تأكل من غزلها [وليس له ان يبيع نسيئة مثلاً لو قال الموكل بع هذا المال نقداً او بع مالي هذا وأد ديني فليس للوكيل ان يبيع ذلك بالنسيئة] ٠

واذا امره بالبيع نسيئة ولم يعين له الثمن فله البيع نقداً بالثمن الذي يباع فيه المال نسيئة عادةً وليس له ان يبيعه بأقل من ذلك ولو مفيداً للبائع حفظاً لماله من افلاس المشتري اذا باعه الى غني والأولى ان يعتبر العرف الخاص في ذلك فيعمل الوكيل بمقتضى عرف المدينة فيبيع بما يبيع به غيره من الوكلاء ٠

مادة ١٤٩٩ [ليس للوكيل ان يبيع نصف المال الذي في تبعيضه ضرر] ٠

اما اذا باع نصف المبيع ثم قبل الخصومة باع النصف الآخر صح بيعه الأول والثاني وكذا اذا عين الموكل ثمن المبيع فباع الوكيل النصف بالثمن المعين صح بيعه وعلى كل [ان لم يكن فيه ضرر فله ذلك] فأذا وكله ببيع المثليات او العدديات المتضاربة فله بيع نصفها او بعضها وكذا اذا وكله ببيع دابتين بثمن معين فباع احداهما بثمن المثل او بغبن يسير جاز واذا لم يسم له ثمناً جاز له بيعه ايضاً اذا لم يكن في البيع غبن فاحش ٠

مادة ١٥٠٠ [للوكيل ان يأخذ في مقابل ثمن المال الذي باعه بالنسيئة رهناً او كفيلاً] لأن حقوق العقد تعود للعاقد [ولا يضمن اذا تلف الرهن او افلس الكفيل]

أما الوكيل بقبض الدين فليس له ان يأخذ رهناً واذا اخذ وتلف فضمانه على المديون لأن المديون قد سلمه الرهن بدون حق وهو امين بالنسبة الى المديون ٠

مادة ١٥٠١ [ليس للوكيل ان يبيع بلا رهن ولا كفيل اذا قال له الموكل بع بالكفيل او بالرهن] ·

واذا باع وسلم بدون الرهن يضمن وليس للكفيل ان يكفل المشترى (مادة ٦٣٠) ·

مادة ١٥٠٢ [لا يجبر الوكيل بالبيع على أداء ثمن المال الذي باعه من ماله اذا لم يأخذ ثمنه من المشتري] ·

واذا دفع الثمن من ماله متبرعاً لا يرجع على المشتري به الا اذا دفعه بأمره ·

وفي التكملة اذا ترك بعض التجار مالهم عند احد ليبيعها فباعها نسيئة ودفع أثمانها الى أصحابها فله الرجوع بما دفعه واذا باع الوكيل مال الموكل بثمن معلوم ثم اشترى من المشتري مالاً بمقابل الثمن فللوكيل ان يأخذ الثمن من الوكيل لا المال المباع له ·

واذا باع الوكيل المال نقداً ثم اجل الثمن بحق المشتري يجبر على دفعه من ماله ويقبضه من المشتري عند حلول الأجل ·

مادة ١٥٠٣ [اذا قبض الموكل ثمن المبيع فيصح ان كان القبض حق الوكيل]

لأن قبض الثمن من حق الوكيل ولا يجبر المشتري على دفع الثمن الى الوكيل واذا دفعه له لا يسترده منه واذا باع الوكيل مال موكله لدائنه وأجرى معه التقاص يدفع الثمن الى موكله من ماله لأنه قد أدى دينه بمال الموكل · واذا باع الوصي او الولي مال الصغير فليس للمشتري دفع الثمن الى الصغير ولا يصح دفعه · يستثنى من هذه المادة بيع الصرف فلا يجوز للموكل ان يقبض فيه الثمن لأن القبض فيه في المجلس شرط فأذا وقع القبض من الموكل بطل البيع لتبدل المجلس واذا أنكر الوكيل قبض الثمن واثبته المشتري تبرأ ذمة المشتري ويضمن الوكيل الثمن الى موكله ·

مادة ١٥٠٤ [اذا كان الوكيل بغير اجرة فلا يكون مجبوراً على استيفاء ثمن المال الذي باعه ولا على تحصيله] · ولا على قبض المبيع ورده بالعيب والمخاصمة بذلك والرجوع بالثمن المستحق لأن الوكيل متبرع فلا يجبر على اتمام تبرعه ·

[ولكن يلزم ان يوكل موكله بقبض وتحصيل الثمن اذا لم يحصله برضائه] ٠

واذا وكل موكله بذلك فله عزله من الوكالة الا اذا وكله بحكم الحاكم فليس له عزله بعدذلك٠

[اما الوكيل بالبيع بأجرة كالدلال والسمسار فهو مجبور على تحصيل الثمن واستيفائه]٠

مادة ١٥٠٥ [الوكيل بالبيع له ان يقيل البيع بلا اذن موكله] قبل قبض الثمن لأن الأقالة من حقوق العقد ٠

[ولكن لا تنفذ هذه الأقالة في حق موكله و يلزم الوكيل اعطاء الثمن للموكل] ٠

لأن وكالته قد تمت بالبيع فالأقالة هي بيع جديد بحق الموكل ٠ وليس للوكيل اقالة البيع بعد قبض الثمن لأن يده على الثمن كيد الموكل فقبضه تعيين لحق البائع الموكل وللوكيل بالبيع خيار الشرط وفسخ البيع للفساد حتى بعد قبض الثمن ٠

٭٭٭

﴿ الفصل الرابع ﴾

(في بيان المسائل المتعلقة بالمأمور)

ضابطة : للمأمور بأداء الدين الرجوع على آمره بما دفعه ولو لم يشترط الرجوع لأن المأمور بأداء الدين هو وكيل لشراء الدين الثابت للدائن بذمة آمره ولا يستحق الدافع الرجوع على المدين الا اذا دفع الدين بأمره فأذا دفعه بدون امره يكون متبرعاً ٠ وكذا اذا أعطى الآمر للمأمور فرساً وقال له بعها وادفع ثمنها لدائني فلان فدفع الدين قبل البيع كان متبرعاً ٠ ويجب ايضاً لرجوع الدافع على الآمر ان يكون الآمر مديوناً فأذا كان غير مدين لا يرجع عليه بشيء ويشترط للرجوع الدفع فأذا لم يدفع المأمور شيئاً لا يرجع على آمره بشيء واذا أنكر الآمر الدفع يجب على الدافع اثباته ٠

مادة ١٥٠٦ [اذا امر احد غيره بأداء دينه الذي هو لأحد او لبيت المال واداه المأمور من ماله فيرجع بذلك على الآمر شرط الآمر رجوعه او لم يشرط يعني

ان كان شرط الآمر رجوع المأمور يعتبر كقوله اد ديني على ان أؤديه لك بعد او اوف ديني و بعده خذه مني او لم يشترط ذلك بأن قال اد ديني فقط] ٠

واذا احتفظ المأمور بالمال المعطي له من آمره وادى الدين من ماله حال قيام ما دفعه الآمر له بيده ينظر فاذا لم يعقد العقد مضافاً لنفسه ونوى الرجوع على آمره يجري التقاص بما اخذه من آمره والا يكون متبرعاً واذا صرف ما اخذه من آمره بأحتياجاته ثم دفع دين آمره من ماله يكون متبرعاً و يدفع لآمره ما اخذه منه ٠ واذا اضاف العقد لنفسه يكون قد اشترى دين موكله بماله والشراء له فليس له الرجوع على آمره بشيء ٠

وفي البهجة اذا دفع الوصي او احد الورثة ما على المورث من الدين يرجع على التركة ٠ وكذا الوصي اذا صرف الوصية من ماله يرجع على مال التركة ٠ وكذا اذا صرف الوصى من ماله على الصغير فله الرجوع على ماله سواء اشهد بأنه صرف بنية الرجوع على مال الصغير ام لم يشهد ٠

مادة ١٥٠٧ [المأمور بأيفاء الدين من ماله بدراهم مغشوشة اذا ادى الدين بدراهم خالصة يأخذ من الآمر دراهم مغشوشة] لأنه يكون متبرعاً بدفعه دراهم خالصة [والمأمور بايفاء الدين بدراهم خالصة ان ادى الدين بدراهم مغشوشة يأخذ من الآمر دراهم مغشوشة ايضاً ٠ ولو باع المأمور بأيفاء الدين ماله للدائن وقاصه بدين الآمر يأخذ من الآمر مقدار الدين وليس للآمر المديون ان يحط الزيادة من دينه وان كان المأمور قد باع ماله للدائن بأزيد من ثمن مثله] ٠

لأن المأمور ليس وكيلاً فيما زاده على المأمور به من وصف الخلوص الزائد من ماله ٠ وحيث لا تتحقق المعاوضة بين اجناس النقود المتحدة فلا يتكون بين المأمور والدائن عقد معاوضة يملك المأمور به الفاضل بين النقود المغشوشة والخالصة اما في الصورة الثالثة فتتحقق المعاوضة بين المأمور والدائن ٠

مادة ١٥٠٨ [اذا امر احد آخر ان يصرف عليه او على اهله وعياله فيأخذ

مصروفه بقدر المعروف من الآمر وان لم يكن اشترط رجوعه بقوله اصرف وبعده انا اعطيك مصروفك] .

واذا توفي الآمر يأخذ المأمور ما صرفه من ورثته وتركته . واذا اختلف الآمر والمأمور بمقدار الصرف فالقول قول الآمر واذا دفع الآمر مالا للمأمور ليصرفه واختلفا بالقدر المصروف فالقول قول المأمور لأنه امين .

[كذلك لو امره بأنشاء داره فأنشأها المأمور يأخذ ما صرفه بقدر المعروف من الآمر وان لم يشترط رجوعه] .

واذا انشأ الدار بدون اذن الآمر ينظر فأذا انشأها للآمر يكون متبرعاً واذا انشأها لنفسه يكون غاصباً ويؤمر بقلع بنائه بطلب صاحب العرصة .

وكذا اذا امر المؤجر المستأجر بتعمير الدار واختلفا فقال المستأجر عمرت وقال المؤجر لم تعمر فالقول قول المؤجر واذا اتفقا على التعمير واختلفا بالقدر ينتخب خبراء للكشف فأذا قالوا بأن ما صرف هو القدر المبين من المستأجر فالقول قوله واذا قالوا بأنه هو ما قاله المؤجر فالقول قول المؤجر واذا اختلف الخبراء في الرأي فالقول قول منكر الزيادة .

واذا صرف احد على زفاف آخر من ماله بدون امره او صرف المرتهن ما يجب صرفه على الراهن بدون امره او انفق احد على دابة الآخر بدون اذنه او صرف الوديع على الحيوان المودوع عنده بغياب المودع وبدون اذن الحاكم يكون متبرعاً .

مادة ١٥٠٩ [لو امر احد آخر بقوله اعط فلاناً مقدار كذا قرضاً او صدقة او عطيةً وبعده انا اعطيك فأعطى ذلك يرجع على الآمر] . ويكون اعطاؤه هذا هبة والرجوع فيها من حق الآمر لا من حق المأمور [واما ان لم يشترط الرجوع بكلام كقوله انا اعطيك او خذه مني بعد او قال اعط فقط فليس للمأمور الرجوع وان كان رجوع المأمور متعارفاً او معتاداً ككونه في عياله او شريكه يرجع وان لم يشترط الرجوع] .

فالتصريح بالفقرة الأولى قرينة دالة على ان المقصود بالأمر التوكيل وعليه فبدل القرض وثواب الصدقة وثناء العطية راجع للآمر ووجه الفقرة الثانية هو ان الأمر لا يدل على التوكيل بوجه قطعي ويحتمل ان يكون من باب الأمر بالمعروف والدلالة على الخير الذي هو داخل ضمن صلاحية كل احد ٠

مادة ١٥١٠ [لا يجري امر احد الا في حق ملكه مثلاً لو قال احد لآخر خذ هذا المال والقه في البحر فأخذه المأمور والقاه في البحر حال كونه عالماً بأنه مال الغير فصاحب المال ان يضمن الذي القاه وليس على الآمر شيء ما لم يكن مجبراً] ٠

واذا امره بالقاء دين له عليه في البحر فالقاه يكون الملقى من مال المديون لا من مال الدائن لأن ما القاه هو له لا للدائن لعدم دفعه له اما اذا دفعه له واخذه بعد ذلك منه والقاه في البحر بأمره لا يضمن ٠

مادة ١٥١١ [لو امر احد آخر بأداء دينه بقوله اد ديني الذي مقداره كذا من مالك فوعده بتأديته ثم امتنع من الاداء لا يجبر على ادائه بمجرد وعده]

مادة ١٥١٢ [اذا كان للآمر دين في ذمة المأمور او نقد مودوع عنده وامره بأداء دينه منه فينجبر على ادائه واما لو قال بع مالي الفلاني اد ديني فلا يجبر ان كان المأمور وكيلاً متبرعاً وان كان وكيلاً بالأجرة يجبر على بيع المال واداء دين الآمر] ٠

ويجبر المأمور على اداء دين آمره اذا كان مديوناً له اما اذا كان منكراً للدين فيجب اثبات الدين بذمته اولاً ثم اجباره على الأداء ٠

مادة ١٥١٣ [اذا اعطى احد آخر مقداراً من الدراهم وقال اعطها لدائني

فلان ليس لسائر غرماء الآمر صلاحية ان يأخذوا من تلك الدراهم حصةً وليس للمأمور ان يعطي تلك الدراهم الا للدائن الذي عينه له الآمر] .

لأن للمديون ترجيح دائن على آخر واداء دينه له اذا لم يكن مريضاً مرض الموت ولأن حق الدائن يتعلق بذمة المديون لا بماله فأذا مرض المديون مرض الموت او حجر عليه او افلس منع من ترجيح دائن على آخر ومنع وكيله من ذلك ايضاً .

مادة ١٥١٤ [لو اعطى احد آخر مقداراً من الدراهم على ان يؤدي دينه وقبل ان يعطي المأمور الدائن ذلك المبلغ ويوصله اليه لو علم موت الآمر ترجع تلك الدراهم الى تركة الآمر ويلزم الدائن ان يراجع التركة] .

لأن الموت يبطل الذمة المتعلقة بها الديون لعدم امكان دخول المال في حوزة الأموات ومتى مات المديون انتقلت الديون الثابتة بذمته وتعلقت بأعيان ماله فيمتنع على وكيله او مأموره تسليم المال الموجود في يده الى احد دائنيه لأن حق الدائنين الآخرين قد تعلق بهذا المال بوفاة المدين .

مادة ١٥١٥ (لو اعطى احد آخر مقداراً من الدراهم على ان يعطيها لدائنه حال كونه قد نهاه عن تسليمها بقوله لا تسلمها اليه مالم تجعلها ظهرية بسندي الذي هو في يد الدائن او تأخذ منه وثيقة تشعر بقبضها فأذا سلمها بدون ان يفعل كما امره وانكرها الدائن ولم تثبت قبضها واخذها الدائن ثانياً من الآمر فله ان يضمنها المأمور)

***

﴿ الفصل الخامس ﴾

(في حق الوكالة بالخصومة)

مادة ١٥١٦ (لكل من المدعي والمدعى عليه ان يوكل من شاء بالخصومة ولا يشترط رضاء الآخر] عند الأمامين فيجوز توكيل المسلم وغير المسلم والتبعة والأجنبي والقاضي والصبي المميز وتثبت الوكالة بتوكيل الموكل الوكيل بحضور الحاكم او بأقامة البينة على توكيله ولا يكفي اقرار الخصم لثبوت التوكيل . وقد اجمع الفقهاء على جواز التوكيل في الخصومة للغائب والمريض والمخدرة سواء كانوا مدعيين او مدعى عليهم وسواء رضي الخصم بذلك ام لم يرض وقال الشافعي وصاحبا ابي حنيفة بجواز التوكيل لغير هؤلاء ايضاً كما هو صريح هذه المادة لأن ادلة جواز الوكالة لا تفرق بين نوع وآخر وان الموكل يتصرف في حقه فلا يتوقف تصرفه هذا على رضاء غيره اما ابو حنيفة فلم يقبل الوكالة عن الحاضر ولا عن الأمرأة غير المخدرة لأن الخصم يتضرر احياناً من وجود الوكيل .

مادة ١٥١٧ [اقرار الوكيل بالخصومة) مطلقاً (على موكله ان كان في حضور الحاكم يعتبر والا فلا يعتبر و ينعزل الوكيل من الوكالة)

وهذا قول الطرفان والخصومة في هذه المادة على طريق المجاز الذي صار حقيقةً عرفية باستعمالها في مطلق الجواب سواء كان اقراراً او انكاراً والأقرار لا يكون جواباً في غير حضور الحاكم اما ابو يوسف فقد قال بصحة اقرار الوكيل بحضور الحاكم و بغير حضوره وقال الشافعي وزفر لا يملك وكيل الخصومة الاقرار مطلقاً لأنه ضد الخصومة ولما كان العرف راجحاً على اللغة كان ما رآه الطرفان في ذلك اقرب للنظريات الحقوقية .

يستثنى من هذه المادة اقرار الوكيل بالخصومة بالحد والقصاص على موكله لأن فيه شبهة والحدود مندفعة بالشبهات . وكذا الوكيل بالصلح والقبض لا يصح اقراره لا بحضور الحاكم ولا بغير حضوره الا اذا كان وكيلاً عاماً . وكذلك الوكيل بالخصومة لا يصح اقراره اذا كانت وكالته مقيدة بعدم الأقرار اما اقرار الأب والولي والوصي لا يعتبر ولو بحضور الحاكم واذا اقروا سقطوا من حق الخصومة ووجب تعيين خلافهم ليخاصم عن الصغير .

وليس للوكيل بالخصومة ان يبرئ الخصم ولا ان يهبه مال الموكل لأن الأبراء والهبة لا تدخل تحت الخصومة ولا تجت وكالتها ٠

مادة ١٥١٨ [اذا وكل احد آخر واستثنى اقراره] وانكاره [عليه يجوز]

عند محمد [فلا يصح اقرار الوكيل على الموكل بهذه الصورة] وكذا انكاره [واذا اقر بحضور الحاكم حال كونه غير مأذون بالأقرار فيعزل من الوكالة]

وكذا اذا اثبت المدعي عليه بأن وكيل المدعي ساومه بحضور غير الحاكم على المدعي به يعزل الوكيل من الوكالة واذا اثبت المدعى عليه مساومة الوكيل وموكله ترد الدعوى لأن مساومة الموكل اقرار بملكية الغير ٠

مادة ١٥١٩ [الوكالة بالخصومة لا تستلزم الوكالة بالقبض]

عند الأمام زفر رضي الله عنه لأن الموكل يوكل لمدافعة الحح الناس ويوكل للقبض والصرف أمنهم والأمانة غير القدرة على العمل ٠

[بناء عليه ليس للوكيل بالدعوى صلاحية قبض المال المحكوم به مالم يكن وكيلاً بالقبض ايضاً]

او وكيلاً عاماً ٠ وكذا لا يجبر الوكيل بالخصومة لدفع دين موكله من ماله الذي لديه واذا دفع دين موكله ولا مال له عنده كان متبرعاً فيما دفعه ٠

مادة ١٥٢٠ [الوكالة بالقبض لا تستلزم الوكالة بالخصومة] عند الأمامين سواء كانت الوكالة بقبض العين او بقبض الدين لأن الموكل يتحرى بوكيل القبض الأمانة وبوكيل الخصومة الكفاءة لذلك اذا أراد الوكيل بالقبض قبض العين الموكل بقبضها فاغتصبت فليس له اقامة الدعوى من أجلها ٠ وكذا الوكيل بقبض الدين اذا طلب دين موكله من المديون ولم يدفعه له فليس له اقامة الدعوى عليه ٠

اما الوكيل بالتملك والتمليك وكيل فيما يعود على العقد من الحقوق كالقبض واستلام المبيع والخصومة بالعيب كما مر ذكر ذلك مفصلاً ٠ ويستثنى من كلمة الوكالة بالقبض المحررة في هذه المادة اربعة امور :

١ — الوكيل بطلب الشفعة فأن له الخصومة والقبض فأذا طلب الوكيل بالشفعة شفعة موكله وقال له المشفوع ان موكلك سلم شفعته لي وأقام البينة تسمع بحضور الوكيل وتبطل الشفعة .

٢ — المأمور برد المبيع بخيار العيب الى بائعه له حق الخصومة وللبائع اقامة البينة على رضاء البائع بالعيب بحضور هذا الوكيل .

٣ — الوكيل بالرجوع عن الهبة له حق الخصومة فأذا ادعى الموهوب له بأنه اعطى عوضاً للواهب بمقابل هبته تسمع دعواه وبينته بحضور الوكيل .

٤ — الوكيل بالقسمة له الخصومة فأذا ادعى الشريك بأن شريكه الموكل قاسمه واخذ حصته تسمع دعواه وبينته بحضور الوكيل بالقسمة .

***

﴿ الفصل السادس ﴾

(في بيان المسائل المتعلقة بعزل الوكيل)

الوكيل يعزل من الوكالة بأسباب عديدة وهي :

١ — [للموكل ان يعزل وكيله من الوكالة] ولو كانت دورية ولو اشترط بها عدم عزل الوكيل او كان الوكيل موكلاً ابدياً وما دام حياً لأن الوكالة عقد غير لازم في الأصل فلا تلزم الموكل او الوكيل وهي حق الموكل فله ابطالها متى شاء . وكذا انكار الموكل الوكالة وجحوده اياها عزل فيما عدا الوكالة بالنكاح . وكذا في الوكالة الدورية يمكن للموكل عزل وكيله بأن يرجع عن الوكالة المعلقة ويعزله من الوكالة المنجزة .

[ولكن اذا تعلق بها حق الغير] او حق الوكيل نفسه [فليس له عزله كما اذا رهن مديون ماله وحين عقد الرهن او بعده وكل آخر ببيع الرهن عند حلول اجل الدين فليس للراهن الموكل عزل الوكيل بدون رضاء المرتهن] .

وكذا اذا وكل الوكيل بالبيع موكله بقبض الثمن بأمر الحاكم فليس له عزله . وكذا اذا اعطى المديون بدين معجل مالاً الى دائنه وقال له بع مالي هذا واستوف مالك بذمتي فليس له عزله .

[كذلك لو وكل احد آخر بالخصومة بطلب المدعي ليس له عزله في غياب المدعي]

اما اذا وكل المدعي احداً بطلب المدعى عليه فله عزله بغياب المدعى عليه . وكذا اذا وكل المدعى عليه وكيلاً بطلب المدعي و بغيابه فله عزله قبل ان يبلغ خبر توكيله الى المدعي . و يجب ان يكون التوكيل بطلب المدعي وان يكون العزل بغياب المدعى عليه لأن للموكل المدعى عليه عزل وكيله بحضور المدعي ولأن القصد من التوكيل هو تأمين المدعي على دعواه بعدم اختفاء المدعي عليه وقد حضر بنفسه فلا حاجة للوكيل .

٢ — اذا عزل الوكيل نفسه من الوكالة .

٣ — اذا تم الأمر الموكل به .

٤ — و٥ — و٦ — وفاة الموكل او الوكيل وتجنن احدهما .

٧ — تبدل اسم الموكل به .

٨ — تلف دراهم الموكل في يد الوكيل بالشراء قبل الشراء .

٩ — اقرار الوكيل بالخصومة المستثنى اقراره في حضور الحاكم .

١٠ — بلوغ الصبي الذي أقام له ابوه او وصيه وكيلاً قبل ايفاء الوكالة .

١١ — وكل آخر بقبض دينه ثم اخذ به حوالة على غير مديونه .

١٢ — مخالفة الوكيل موكله بالجنس خيراً او شراً و بالقدر شراً .

١٣ — الوكيل بالنكاح اذا أجرى عقد النكاح لنفسه .

١٤ — فسخ الشركة تبطل وكالة كل من الشريكين للآخر .

١٥ — الحجر على الصبي المأذون بعد التوكيل كل ذلك موجب لانعزال الوكيل من الوكالة .

مادة ١٥٢٢ [للوكيل ان يعزل نفسه من الوكالة] ويلزم اخبار موكله بذلك ولا يجبر الوكيل على العمل اذا امتنع ولا يضمن الضرر الذي ترتب على موكله بامتناعه مثلاً اذا وكله لبيع ماله ووفاء دينه فتأخر عن بيع المال المسلم اليه وامتنع وتلف المال في يده واجبر الموكل على دفع الدين ثانياً لا شيء على الوكيل .

[ولكن لو تعلق بها حق الغير كما ذكر آنفاً يكون مجبوراً على أيفاء الوكالة] .

وله عزل نفسه من هذه الوكالة بحضور من تعلق حقه بها و يصح عزله اذا رضي صاحب الحق بذلك .

مادة ١٥٢٣ [اذا عزل الموكل الوكيل فيبقى على وكالته الى ان يصل اليه خبر العزل ويكون تصرفه صحيحاً الى ذلك الوقت] الا اذا وكل الموكل غائباً فله عزله واذا عزله قبل ان يصل له خبر التوكيل تنفسخ الوكالة ولا ينتظر وصول خبر العزل الى الوكيل ٠

مادة ١٥٢٤ [اذا عزل الوكيل نفسه فيلزمه ان يعلم الموكل بعزله وتبقى الوكالة في عهدته الى ان يعلم الموكل عزله]

واذا كان وكيلاً لشراء مال معين وعزل نفسه من الوكالة فليس له شراؤه لنفسه ما لم يبلغ خبر انعزاله الى الموكل اما الوكيل بالبيع او شراء الشيء الغير المعين او بالنكاح اذا عزل نفسه يعزل قبل وصول الخبر الى موكله ٠

مادة ١٥٢٥ [للموكل ان يعزل وكيله بقبض الدين في غياب المديون ولكن ان كان الدائن قد وكله في حضور المديون فلا يصح عزله بدون علم المديون وعلى هذه الصورة اذا أعطاه المديون الدين من دون ان يعلم عزله فيبرأ]

مادة ١٥٢٦ [تنتهي الوكالة بختام الموكل به وينعزل الوكيل من الوكالة بالطبع] سواء كان ذلك من الوكيل او من الموكل بناءً عليه اذا وكل احد آخر ببيع او بأيجار ماله او بقضاء او بقبض دينه وقبل ان يفي الوكيل الوكالة باع الموكل المال او آجره او دفع ما عليه من الدين او قبض ماله عزل الوكيل من الوكالة ٠ واذا باع الموكل ماله الذي وكل آخر ببيعه ثم اعيد له بخيار الشرط او بخيار الرؤية او بالفسخ بسبب الفساد بحكم الحاكم عادت الوكالة ٠ وكذا اذا وكل وكيلاً بقبض دينه ثم اشترى مالاً من المديون بمقابل هذا الدين عزل الوكيل من الوكالة اما اذا رد المبيع بخيار العيب للبائع المديون عادت وكالة الوكيل واذا عاد المال الى الموكل بسبب غير الفسخ فلا تعود الوكالة بناءً عليه اذا وكل رجل آخر بالهبة ثم وهب المال بذاته ورجع بهبته لا تعود وكالة الوكيل ٠

مادة ١٥٢٧ [ينعزل الوكيل بوفاة الموكل] حالاً قبل وصول خبر الوفاة الى

الوكيل ولو كان الموكل وصي الصغير بناءً عليه اذا قبض الوكيل بقبض الدين الدين من المديون بعد وفاة موكله وقبل وصول الخبر له لا تبرأ ذمة المديون .

[ولكن اذا تعلق به حق الغير فلا ينعزل] (راجع المادة ٧٦٠) مثلاً لو وكل الراهن المرتهن او غيره ببيع المرهون عند حلول اجله وتوفي بعد ذلك الموكل او جن لا ينعزل الوكيل من الوكالة .

وفي رد المحتار لا ينعزل الوكيل ببيع المبيع الوفائي ولو توفي الموكل لتعلق حق المشتري به .

مادة ١٥٢٨ [ينعزل وكيل الوكيل بموت الموكل] (راجع المادة ١٤٦٦) . لأن وكيل الوكيل وكيل الموكل فأذا فقدت اهلية الموكل للتوكيل تنفسخ الوكالة .

مادة ١٥٥٩ [الوكالة لا تورث يعني اذا مات الوكيل فيزول حكم الوكالة وبهذا لا يقوم وارث الوكيل مقامه] .

أما حق رد المبيع بطلب خيار العيب ينتقل الى الوارث والوصي واذا كان لاوارث ولا وصي للميت ينتقل حق الرد على قول للحاكم وعلى قول لوصي القاضي ولا يقال بان الوكالة قد انتقلت للوارث لأن حق الرد ثابت في الأصل للوكيل .

مادة ١٥٣٠ [تبطل الوكالة بجنون الموكل او الوكيل] لأن دوام التصرف غير اللازم هو حكم في الأبتداء فدوامه وقيامه شرط ولذا يبطل بالوفاة والجنون . سواء كان الجنون مطبقاً او غير مطبق واذا جن الموكل جنوناً مطبقاً ثم أفاق لا تعود الوكالة وفي غير المطبق تعود . واذا تعلق حق الغير بالوكالة فتبطل بوفاة الوكيل او بتجننه ولا تبطل بوفاة الموكل .

***

الوكالة الدورية والوكالة التي تعلق بها حق الغير

لقد تضرر الناس كثيراً في دمشق من جراء الوكالات التي اعتاد كتاب العدل على تنظيمها وتصديقها بعد ان قرر مجلس الشورى بدمشق قراراته المعلومة . قرر هذا المجلس ايام الحكومة العربية جملة مقررات بشأن الوكالات الدورية وقد ظن الناس وكتاب العدل بان هذه المقررات

تجيز لكتاب العدل بيع الأموال الغير المنقولة لدى كتاب العدل فتركوا دوائر التمليك ونظموا المئات من الوكالات وساعدتهم في الأيام الأول المحكمة الشرعية ودوائر التمليك والمحاكم على قبول هذه الوكالات واجرت معاملات كثيرة بالأستناد الى تلك الوكالات حتى بعد وفاة بعض الموكلين وصدور العزل منهم وقد انتبهت محكمة التمييز بدمشق الى هـذا الخطأ الفادح ونقضت بعض الأحكام الصادرة بشأن تثبيت حكم الوكالات الدورية من المحاكم ولا زالت المحاكم مشوشة في امر قبول هذه الوكالة ورفضها ولذلك فقد قررت لجنة تفسير القوانين في المدة الأخيرة قراراً يتضمن عدم اعتبار هذه الوكالات اذا توفي الموكل او اذا عزل وكيله الا ان هذا القرار لم يكن كافياً لأزالة التشويش على ما يظهر من المعاملات الجارية في هذا الباب ولذلك نقول :

ان المادة السادسة والثلاثين من قانون الأراضي لم تجز الفراغ الواقع بغير حضور مأمور الطابو وان الأرادة السنية الصادرة في ايلول سنة ١٣١٨ الحقت العقارات بالأراضي ومنعت المحاكم من سماع دعاوى بيع وشراء الأموال الغير المنقولة التي لم تقع بحضور مأموري التمليك وان المراصد ديون ثابتة على رقبة الوقف فاذا أقر صاحبها بقبضها بدون اجازة المتولي وحكم الحاكم الحنبلي كان دفعها من قبيل دفع دين الغير فيعد تبرعاً ويضيع المرصد ويعود العقاد ملكاً للوقف خالياً من الدين ولا يجوز بعد ذلك اعتبار الوكالة . على ان الأمر الصادر من نظارة الدفتر الخاقاني في الآستانة قد منع كتاب العدل من تنظيم الصكوك بحق الأموال غير المنقولة وكذلك محكمة التمييز بدمشق فقد رأت في المدة الأخيرة ان كتاب العدل ليس لهم تنظيم صكوك الوصايا وعدت ذلك خارج عن وظائفهم لذلك فان تنظيم هذه الوكالات من كتاب العدل هو اضرار للمشتريين وتضييع لأموالهم لأن البيع والفراغ اذا كان لا يقع الا بحضور مأمور التمليك وقبض المرصد اذا كان لا يصح الا اذا حكم به الحاكم الحنبلي كان الأقرار بحق ذلك لدى كتاب العدل مضيعاً للمال ليس الا .

واذا رجعنا الى الحقيقة نرى ان الوكالة الدورية هي غير الوكالة التي تعلق بها حق الغير فتكون الوكالة دورية ولا يتعلق بها حق الغير والعكس بالعكس فالوكالة التي تعلق بها حق الغير هي الوكالة التي وقعت بصلب الرهن ولما كان الرهن لا يصح الا اذا جرى بدوائر الطابو كان من الواجب صدور الوكالة من الراهن في هذه الدوائر دون غيرها وهذا ما ارادته المجلة بقولها في مادة ١٥٢٧ (راجع المادة ٧٦٠) لأن هـذه المادة وردت بحق الرهن . اما الوكالة الدورية فهي

الوكالة التي وردت مقيدة بقيد كقوله كلما عزلتك فأنت وكيلي وهذه الوكالة يمكن للموكل ان يعزل وكيله منها كما بينا ذلك في مكانه المخصوص والواجب يقضي علينا ان لا نعطي احداهما قوة الأخرى وان لا نجعل الوكالة الدورية بحكم الوكالة التي تعلق بها حق الغير . ومتى كان كتاب العدل ممنوعين من تنظيم الصكوك بحق بيع الأموال غير المنقولة وشرائها كانت باطلة ومتى بطلت هذه الصكوك بطلت الوكالة التي وردت ضمنها ولذلك فأني ارى ان من واجب الحكومة ان تضع حداً لمثل هذه المعاملات وان تصدر بلاغاً لكتاب العدل تمنعهم فيه من تنظيم هذه الوكالات وبذلك تحفظ الناس من ويلات عظيمة وتعلمهم كيفية مراجعة الدوائر الأيجابية بحق ما يريدون اجراءه من العقود لأن دوائر الطابو لم تتأسس الا لتسجيل العقارات وما يطرأ عليها من التبدلات هذا وقد اصدرت الحكومة اخيراً قانوني الرهون اللذين بحثنا عنهما بآخر كتابي البيوع والأجارة وصدر قبلهما قانون التصرف في الأموال غير المنقولة وورد في هذه القوانين ما يؤيد نظريتنا بلزوم اعتبار أسناد الطابو دون سواها فالأولى اذاً ان تعطي لدوائر التسجيل وظيفتها وتؤمر كتاب العدل بالكف عن تنظيم مثل هذه الوكالات .

خاتمة

مبحث في الوكالة وأحكامها في القانون المدني الأفرنسي والتركي

عرّف القانون المدني الأفرنسي الوكالة تعريفاً مخالفاً لما عرّفته به المجلة فقد ورد بتعريف القانون ان الوكالة هي تفويض احد آخر تسوية اموره بأسمه ولا تنعقد بدون قبول الوكيل . ومن تدقيق هذا التعريف يتضح بأنها اشترطت قيام الوكيل باسم الموكل واشترطت قبوله للوكالة وعندنا يجوز للوكيل اضافة العقد لنفسه او لموكله ولا يشترط قبول الوكالة في المجلس فتنعقد بغيابه موقوفة على رضائه وقوله وفعله .

وتنعقد الوكالة في القانون الأفرنسي بالمكاتبة وبالمشافهة ويجوز اثباتها بالشهود بشرط مراعاة احكام العقود والألتزامات الواردة في القانون المذكور وقد سكتت مجلتنا عن جهة اثبات الوكالات ولا بد من قبول اثباتها مكاتبة ومشافهة عملاً بسائر العقود الشرعية انما قانون كتاب العدل قد جعل الوكالات عندنا تابعة لمراسم خاصة وجعلها خطية لا قولية وهذا اقرب للحقيقة

لأن الوكالة يدخل تحتها عمومها وخصوصها وصلاحية الوكيل ودرجة شمولها وفيما اذا كانت بالبيع او الفراغ او الأقرار وهذه أحكام منها ما لا يجوز اثباته بالبينة اصلاً . وورد في هذا القانون ان الوكيل لا يستحق اجرة على خدمته الا اذا وجد اتفاق يقضي بلزوم دفع الأجرة خلافاً لنظرياتنا الحقوقية فأن من استخدم آخر يدفع له اجرته اذا كان ممن يعملون بالأجرة والا فلا لأن شرط الأجرة يقع فرعاً لعقد الأستخدام وتابعاً له .

وقد قسم القانون المدني الوكالة الى عامة وخاصة وقال انها اذا عقدت مطلقة فلا تشمل الا الأمور الأدارية ولا تتضمن البيع والرهن وما شابه ذلك من الخصوصات اما اذا صرح فيها لزوم اجراء ذلك من قبل الوكيل ومتى كانت مقيدة بالصلح فلا تتضمن نصب الحكم .

ومما يجدر بالذكر هو ان المادة ١٩٩١ من هذا القانون اوجبت على الوكيل لزوم القيام بالعمل اذا قبل الوكالة واذا قصر في عمله يدفع الى موكله العطل والضرر المترتب عليه وقالت هذه المادة ان الوكيل يجبر على اتمام العمل الذي شرع فيه ولو مات الموكل اذا كان عدم اتمام العمل يوجب تهلكة وهذه أحكام تخالف نظرياتنا لأن الوكيل وان كان مأجوراً ومجبراً على العمل لكنه لا يدفع عطلاً وضرراً الى موكله عن العمل الذي لم يقم به لأن نظرياتنا المدنية لم تبحث عن العطل والضرر المعروف بنظر الأوربيين وعندي ان وضع مادة قانونية تجعل الوكيل مجبوراً على القيام بالعمل متى كان مأجوراً - محامياً او غير محام — ومتى تمنع عن العمل واضر بموكله لأن ذلك من الضروريات في بلادنا .

وتبطل الوكالة بموت الموكل عندنا وليس للوكيل ان يقوم بالوكالة بعد وفاة موكله ولو كان هنالك ضياع أموال كثيرة لأن هذا الضياع ربما يقع وربما لا يقع على ان ضياع المال لا يوجب علينا ان نجعل الباطل حقاً والحق باطلاً لأن الوكيل يستمد الوكالة من موكله فأذا مات الموكل فقدت اهلية الوكيل بالأضافة الى موكله ولطالما اجزنا في نظرياتنا المدنية للوكيل ان يضيف العقد لنفسه او لموكله فلا محل لقبول تصرف الوكيل بعد وفاة موكله عندنا لأننا نقبل منه ان يتصرف على مسؤولية نفسه لا اضافة لموكله .

وقد علم مما تقدم من المجلة ان وكيل الوكيل وكيل الموكل فأذا كان الوكيل مأذوناً بتوكيل غيره ووكله لا يسأل عن فعله وعمله واذا كان غير مأذون لايقبل توكيله غيره اصلاً وفي القانون المدني الأفرنسي الأمر ليس كذلك فقد ورد فيه ان الوكيل اذا كان غير مأذون بتوكيل غيره

ووكله او كان مأذوناً بالتوكيل ووكل من عرف فيه فقدان الأهلية واليسار ضمن ما وقع منه بحق الموكل .

ولما كانت القوانين الأوربية تعطي النقود ورؤس الأموال اهمية عظيمة فقد ورد في المادة ١٩٩٦ من هذا القانون ان الوكيل اذا صرف نقود الموكل بمصالحه الذاتية يدفعها مع فائضها القانوني .

وليس للموكل ان يعزل وكيله بدون سبب ويجبر على دفع اجرته واذا تأخر عن دفعها يدفع له العطل والضرر مع الفائض القانوني وليس له تأخير دفع اجرة الوكيل بداعي ان غيره كان بأمكانه القيام بعمله بمدة اقل من المدة التي قام بها الوكيل .

وتنفسخ الوكالة في القانون المدني بعزل الوكيل واستعفائه وبالحجر على الموكل وبعجزه عن وفاء ماعليه من الدين وينعزل الوكيل ايضاً ببلوغه خبر توكيل غيره من الموكل وهذا مخالف للمجلة لأنها أجازت تعدد الوكلاء ولو بعقود مختلفة وتوكيل الوكيل الثاني لا يمنع الوكيل الأول من القيام بالوكالة الا اذا عزل الموكل وكيله الأول بوكالة الوكيل الثاني .

اما القانون المدني التركي فأنه أجاز للوكيل قبض الأجرة واستيفائها اذا اتفق الموكل والوكيل على ذلك او كانت العادة جارية بذلك . وقد اشترط هذا القانون قبول الوكيل للوكالة كما هي العادة المعروفة في المجلة والقانون المدني الأفرنسي الا اذا كان للوكيل صفة رسمية لقبول ما عهد اليه من الأعمال او كان ذلك من مقتضيات عمله وصنعته او كان اعلن ذلك يعتبر قد قبل الوكالة اذا لم يردها حالاً . وللوكيل بمقتضى هذا القانون ان يقوم بكل عمل يمكن للموكل ان يقوم به عدا اقامة الدعوى والصلح والتحكيم وتعهد القامبيو والهبة وتمليك غير المنقول فان ذلك يحتاج الى صراحة في التوكيل وليس للوكيل ان يخالف موكله فيما امره به الا الأعمال التي لا يمكن استحصال الأذن بها والأعمال التي لو استؤذن الموكل من اجلها لأجازها فلا تتقيد بالأذن ويجوز فيه للوكيل ان ينحرف عن قيد الموكل . وقد عرفنا من قانوننا ان العقد يتضمن اخف منه لا مثله ولا اكثر منه لذلك لا يجوز للوكيل ان يوكل غيره بدون اذن صريح وهكذا القانون المدني التركي لم يجز للوكيل توكيل غيره اذا كان غير مأذون وأضاف الى ذلك امران آخران هما المجبورية والعادة فأذا جرت العادة بأن يوكل الوكيل غيره بما وكل به او كان مضطراً للتوكيل فله ذلك . وهنا امر لا بد لنا من ان نقول فيه ان البلاد الغربية والمصرية قد اعتبرت وكلاء الدعاوى من خواص القوم واجازت لهم القيام بأحكام الوكالات بأنفسهم وبغيرهم

وأجازت لهم ايضاً تنظيم أسناد الوكالة وتصديقها في مكاتبهم لأن الحكومة وضعت ثقتها التامة بهم وفي بعض البلاد اذا غاب الوكيل عن عمله يمكنه تكليف غيره للدفاع عنه في قضية عهد امر الدفاع بها اليه على ان يكون هذا المدافع الأخير مسؤولاً عن كل عمل يقوم به فهذه امور وان كانت تخالف مذهب ابي حنيفة وصاحبيه الا اني ارى ان المدنية الحاضرة والأحتياجات الزائدة ان لم توجب قبول هذه الأساسات توجب تصفية المحامين والموظفين تصفية قانونية خالية عن كل غرض وعوض واعطاء المحامين بعد ذلك الثقة التامة بتنظيم الوكالات والصكوك ككتاب العدل اسوة بالبلاد الراقية ووضع قوانين شديدة لمن يقوم بعمل يضر بموكله لأن البلاد لا ترقى الا بالقضاء والقضاء لا يرقى الا اذا كانت نفسية المحامين كنفسية الحكام او اعظم وعليه فلا يحق للحكام ان يحتقروا المحامين اللهم الا اذا كان الوكيل هو الباعث او السبب في احتقار الحكام له فلا حق والحاكم يحتقر الوكيل او اذا كان الوكيل يحتقر نفسه قبل ان يحتقره الحاكم .

وقد اعتبر هذا القانون الوكلاء المتعددين مسؤولين مالاً تجاه موكليهم بالكفالة المتسلسلة وكذلك الموكلون المتعددون فهم مسؤولون تجاه وكلائهم كفالة متسلسلة وجعل الوكالة عقداً غير لازم واعطى لكل من الوكيل والموكل حق الأنعزال والعزل الا ان من يتسبب لقطع علاقة الوكالة بزمن غير مناسب يضمن ضرر الطرف الآخر وهذا من الأمور الغير المعروفة في المجلة لأن العقد اذا كان غير لازم جاز لكل من العاقدين فسخه دون ان يكون مسؤولاً بعطل وضرر وقد عرفنا حتى الآن من قانوننا ان الوفاة والجنون من موجبات انفساخ الوكالة وكذلك القانون التركي فقد اعتبر ذلك من موجبات انفساخ الوكالة الا ان الأنسحاب عن الوكالة اذا كان يسبب ضياع حقوق الموكل فللوكيل او ممثله او وارثه ان يداوم في الوكالة .

يتضح مما مر بيانه ان بحث الوكالة في القانون المدني الأفرنسي كان مقتصراً على الوكالة ولم يقسمها الى وكالة بيع او وكالة شراء او وكالة دعوى الى غير ذلك كما ذكر في المجلة ولم تبحث هذه القوانين عن الوكالات الدورية والوكالات التي تعلق بها حق الغير لأن تلك القوانين لم تر لزوماً للتفريق بين الوكالة بالبيع والوكالة بالشراء بعد ان بحثت عن احكام الوكالة العمومية ولا شك ان المجلة وان اطنبت في ذلك فأنها لم تبق مجالاً لوقوع خلاف في الوكالات ودرجة شمولها في اكثر العقود على اختلافها ولم يبق مجالاً لاجتهادات الحكام التي لا تخلو من السهو والغلط في

اكثر الأوقات لا سيما وان المجلة بحثت عن الأمر والرسالة وهـذه لا شك تتضمن أحكام قد لا توجد في الوكالة فلا يقال والحالة هذه بأن القوانين المدنية افضل من المجلة واقرب الى الأحتياجات بعد ان علمنا ان احتياجاتنا وعاداتنا في هذه البلاد قد تأسست على وكالة وامر ورسالة ٠ ولا بد لتعيين صلاحية كل من الوكيل والرسول والمأمور فيها مع ما في القوانين المدنية من تضمين الطرفين العطل والضرر الواجب وضعه في زماننا هذا بحق بعض الموكلين الذين ينوون هضم حقوق الوكيل منذ التوكيل و بحق بعض الوكلاء الذين تسلطوا على هذه المهنة لغاية تامين منافعهم الذاتية فكانوا عالة على غيرهم وسبباً لانصراف الناس الى استحقارهم واستحقار مهنتهم فصار من الواجب الأعتناء بهذه الأمور ومنع السلابين من اتخاذ المحاماة مهنة للسلب ومنع الدجالين من اسقاط حيثية هذه المهنة الشريفة ومنتسبيها املاً بالوصول الى دريهمات قد لا يصلون اليها بمهنة اخرى ٠ فعلى السادة الحكام ان يطلبوا من الحكومة منع الدجالين وتقويم من رأوا في عمله اعوجاجاً من المحامين كي لا يروا أمامهم الا من اجتمعت فيه الكفاءة والصفات العالية من المحامين فينتظم امر المحاماة وتتشرف المهنة برجالها الأقوياء وأبنائها البررة وتسير المحاكم سيراً حسناً لأن الحاكم اذا كان لا يرى في الوكيل الا دفاعاً قوياً ونفساً شريفة لا يجسر على الأنحياز عن الجادة المستقيمة ولا ينحرف عن القانون ولا شك ان العدل أساس الملك ٠



الكتاب الثاني عشر

(في الصلح والأبراء ويشتمل على مقدمة واربعة أبواب)

المقدمة

(في بيان بعض الاصطلاحات الفقهية)

الصلح ثابت بالكتاب والسنة واجماع الأمة فقد ورد بقوله تعالى « الصلح خير » و بقوله عليه الصلاة والسلام ومعناه « كل صلح جائز بين المسلمين الا صلحًا احل حرامًا او حرم حلالاً » وهو معقول بنظر العقلاء لأن المدعي اذا طلب حقه وانكره عليه المدعى عليه وكلف لأقامة البرهان وتحمل مشاق الدعوى لا بد وان يضمر للمدعى عليه عداءً شديداً ربما كان سبباً للقتل او لارتكاب الجنايات وهذا لا يزيله الا الصلح لأنه سيد الأحكام ·

مادة ١٥٣١ [الصلح هوعقد يرفع النزاع بالتراضي وينعقد بالأيجاب والقبول] لذلك يجوز الصلح بالدعوى الصحيحة وبالدعوى الفاسدة اما بالدعوى الباطلة فلا لأن الشيء متى بطل بطل ما هو ضمنه وقد جوزه بعض الفقهاء عن الدعوى الباطلة ايضاً لأن الصلح فداء لليمين الا ان القول الاول هو المفتى به · بناءً عليه اذا توفي رجل وترك ولداً وشقيقاً فادعى الشقيق بحصة ارثية من شقيقه وتصالح مع ابن المتوفى عن دعواه فلا يعتبر هذا الصلح ولابن المتوفى ان يرجع بما أعطاه لعمه لبطلان دعواه · وكذا اذا قبض الوكيل جانباً من دين موكله

« م ٢٧ »

من المدين وسلمه الى موكله ثم ادعى موكله عليه بالباقي وتصالحا على مبلغ فالصلح غير صحيح ٠
وكذا لا تصح مصالحة البائع والمشتري والفارغ والمفرغ اليه في البيع والفراغ العادي عن الدعوى المتكونة بينهما بحق ذلك لعدم امكان سماع دعاوى البيع والفراغ العادي٠ وكذا الصلح عن اجرة النائحة واجرة المغنية — واجرة التصوير المحرم — والربا وحلوان المنجم وعن المال المسروق بيد الأجير الخاص وعن الدعوى بطلب المال المسروق من الأجير المشترك غير صحيح لبطلان الدعوى بذلك على مذهب الأمام الأعظم الذي اختارته المادة (٦٠٧) من المجلة ٠

ويجوز الصلح عن الدعوى الفاسدة بسبب قصور وخلل بتصويرها او بسبب خطأ بحدودها وما شابه ذلك كالصلح عن الدعوى المتناقضة ٠

واعلم ان الرضاء شرط من شروط الصلح وقد ورد في هذه المادة كلمة بالتراضي مشيرة الى ذلك فلا يعتبر الصلح المكره ٠٠

الصلح ينعقد بالأيجاب والقبول وبالتعاطي وبالكتابة وبأشارة الأخرس وبأيجاب المدعي فقط ٠ ويشترط فيه الأيجاب اما القبول فلا الا اذا كان الصلح يتضمن المبادلة لذلك اذا كان المدعى به معينًا بالتعيين كالمصالحة عن دعوى معلومة بمبلغ معلوم او كان المدعى به غير معين لكنه وقع على غير الجنس كالمصالحة على مبلغ من النقود الفضية بدلاً من النقود الذهبية المدعى بها فيكون القبول لازمًا في ذلك ايضًا ٠

ويكفي فيه الأيجاب اذا كان متضمنًا لأسقاط بعض الحقوق لأن الأسقاط ابراء والأبراء لا يحتاج الى القبول بل يرد بالرد انما يجب فيه وقوع الأيجاب من المدعي فأذا قال المدعي للمدعى عليه تصالحت معك على ثلاثين ليرة من الخمسين التي لي بذمتك تم الصلح بدون قبول المدعي عليه واذا وقع الأيجاب من المدعى عليه فلا بد من قبول المدعي لأن الصلح اما ان يكون اسقاطًا فلا بد فيه من قبول الدائن المسقط واما ان يكون معاوضةً فلا بد فيه من الأيجاب والقبول ٠

ويجب في الصلح وقوع الأيجاب والقبول بصيغة الماضي فلا يقعا بصيغة الأمر ولو من الموجب اذا كان مدعيًا اما اذا كان الموجب مدعى عليه وكان الصلح واقعًا على مال من عين الجنس غير معين بالتعيين يقع الصلح بأيجاب المدعى عليه بصيغة الأمر وقبول المدعي بصيغة الماضي فأذا قال المدين بالف قرش الى دائنه صالحني على ثمانمائة قرش فأجابه الدائن صالحتك تم الصلح (بحر) ٠

واعلم بأن العقود من حيث احتياجها الى الأيجاب والقبول تقسم الى ثلاثة اقسام. القسم الاول: العقود التي تحتاج الى الأيجاب والقبول كالبيع والأجارة والحوالة والرهن والأيداع والهبة. القسم الثاني: العقود التي لا تحتاج الى القبول مطلقاً كالكفالة. القسم الثالث: العقود التي منها ما يحتاج الى الأيجاب والقبول ومنها ما يحتاج الى الأيجاب فقط كالصلح.

ولا يشترط قبض بدل الصلح في المجلس اذا كان المصالح عنه قيمياً كالصلح عن دعوى الدار في مقابل النقود او المكيل او الموزون او الدواب ولا عبرة للمصالح عليه سواء كان قيمياً او مثلياً او معجلاً او مؤجلاً او كان المصالح عنه مثلياً والمصالح عليه قيمياً كالصلح عن دعوى الحبوب في مقابل دار او عرصة او حيوان او كان المصالح عليه بعض المصالح عنه كالصلح على عشرين ليرة بدلاً من خمسين ليرة.

ويشترط قبض بدل الصلح في المجلس اذا كان المصالح عنه والمصالح عليه مثلياً من جنسين مختلفين كالصلح عن الخمسين ليرة بعشرين ليرة او عن الخمسين ليرة بخمسين مجيدياً او عن الخمسين مداً حنطة بعشرين مداً او بعشرين مداً شعيراً.

وينعقد الصلح بالتعاطي اذا اخذ المدعي مالاً يستحق قبضه فأذا ادعى المدعي بدعوى على المدعى عليه فأنكرها واعطاه مالاً بدلاً مما يدعيه فأخذه المدعي وقع الصلح بالتعاطي ولا ينعقد الصلح بالتعاطي اذا اخذ المدعي ما يستحق اخذه كالمدعي اذا ادعى بالف قرش فانكر دعواه المدعى عليه واعطاه مئة قرش فأخذها لا يكونان تصالحا على المائة قرش لأن المدعي يكون بعمله هذا قد اخذ جانباً من النقود بنية استيفاء الباقي واليقين لا يزول بالشك.

مادة ١٥٣٢ [المصالح هو الذي عقد الصلح] سواء كان اصيلاً او وكيلاً او وصياً او مدعياً او مدعى عليه.

مادة ١٥٣٣ [المصالح عليه هو بدل الصلح] سواء كان مالاً او غير مال.

مادة ١٥٣٤ [ألمصالح عنه هو الشيء المدعى به] ويشترط ان يكون المصالح عنه حق المصالح سواء كان معلوماً او مجهولاً او عيناً او ديناً او قصاصاً او منفعة فيبطل الصلح اذا كان المصالح عنه من حقوق الله اي من الحقوق العائد نصفها للعامة كالصلح عن الزنا او الصلح عن هدم الحائط المشرف على الأنهدام على الطريق العام لأن الصلح اما اسقاط او معاوضة ولا

حق في الوجهين للمصالح فيما يعود الى العامة لذلك لا يجوز الصلح مع الشاهد لأجل عدم الشهادة ولا الصلح مع القاذف على عدم اقامة الدعوى ولا الصلح مع صاحب الجدار المائل الى الانهدام على الطريق العام لان هـذه الحقوق للعامة لا للمصالح فقط اذ ان حرمة الزنا شرعت لسلامة الأنساب وصيانة الفراش ولدفع الشرور التي تقع عادة بين عشيرة الزاني والمزنى بها وقد سميت بحقوق الله لتعظيمها وتعظيم امرها والا فالله سبحانه وتعالى متعال عن الانتفاع بشيء من الأشياء [1] .

واذا صالح المصالح على ما لا يستحقه لا يصح صلحه فأذا ادعت الزوجة على زوجها بأن ابنها متولد منه وانكر دعواها وتصالحا على دعوى النسب لا تصح مصالحتهما لان النسب حق الولد لا حق الزوجة فليس لها الاعتياض عنه .

وكذا اذا ادعى احد العامة على آخر لتجاوزه على الطريق العام ثم تصالحا على مال لا يعتبر صلحهما وللمصالح ولغيره اقامة الدعوى على المتجاوز الا امام المسلمين فان له الصلح عن الحقوق العامة اذا كان هنالك منفعة عامة على شرط وضع بدل الصلح في بيت المال .

وكذا المستودع فأنه ليس له المصالحة مع سارق الوديعة اذا كانت موجودة الا اذا أجاز المودع ذلك او كانت الوديعة تالفة فللوديع مصالحة السارق اذا لم يكن في الصلح غبناً فاحشاً لان للوديع مخاصمة الغاصب واستيفاء بدل الضمان منه (راجع المادة ١٦٧٧ من المجلة) .

ويشترط ان يكون المصالح عنه حقاً ثابتاً في محله فلا يصح الصلح عن الأبراء من الكفالة النفسية في مقابل مال لان حق المكفول له بالكفالة النفسية هو تسليم المكفول بنفسه وهو عبارة عن ولاية الطلب فلا يصح فيه الصلح واذا وقع الصلح سقطت الكفالة لان السقوط لا يحتاج الى عوض والساقط لا يعود . اما الصلح عن القصاص فيصح لان محل القصاص مملوك في الاستيفاء

---

(١) ملاحظة : ان هذه النظرية تخالف ما جاء بالنظريات الجزائية لان قانون الجزاء اعطى حق اقامة الدعوى والعفو عنها الى ولي المزنى بها وزوجها اذا كانت ذات زوج واعطى حق اقامة الدعوى بالقذف والذم والقدح والتحقير الى نفس المقذوف او الشخص الواقع بحقه الذم والقدح والتحقير ولوارثه اذا كان ذلك مؤثراً بحقوقه وتعليل ذلك مفصل بالنظريات الجزائية فلا حاجة لذكره .

والقصاص ثابت في محله ومن له القصاص يملك الأعتياض عنه · وكذا الصلح عن الكفالة المالية فهو صحيح لانه يسقط الدين عن الكفيل · وكذا الصلح عن الشفعة اي الصلح عن مال في مقابل تسليم الشفيع حق شفعته باطل وتسقط الشفعة فيه لأن الشفيع ليس له في الشفعة الا حق التملك وهذا الحق هو عبارة عن ولاية التملك فلا يستعاض عنه · وكذا الصلح عن مقدار معين من المشفوع بحصته من ثمن المبيع باطل لجهالة الثمن ولايسقط حق الشفيع من شفعته اما الصلح عن نصف المشفوع في مقابل نصف الثمن صحيح ولا يبطل الشفعة ·

مادة ١٥٣٥ [الصلح هو ثلاثة أقسام القسم الأول الصلح عن الأقرار وهو الصلح الواقع على اقرار المدعى عليه] صراحةً وحقيقة وهذا ظاهر ومعلوم او حكماً كصلح المدعى عليه مع المدعي بعد الأقرار له بحقه [القسم الثاني الصلح عن الأنكار وهو الصلح الواقع على انكار المدعى عليه] مثلاً اذا انكر المدعى عليه دعوى المدعي ثم تصالحا على مال معلوم فيصح صلحهما ولايطالب المدعى عليه بالمدعى به ولو اقر به بعد ذلك ولا تقبل بينة المدعي بعد الصلح (بحر)· [القسم الثالث الصلح عن السكوت وهو الصلح الواقع على سكوت المدعى عليه بان لا يقر ولا ينكر]· ودليل انحصار الاقسام في هذه الثلاثة استقرائي وعقلي وذلك لان الخصم امام دعوى المدعي لا يتصور له سوى هذه الحالات الثلاث ·

مادة ١٥٣٦ [الأبراء على قسمين الأول ابراء الأسقاط والثاني ابراء الاستيفاء اما ابراء الأسقاط فهو ان يبرئ احد الآخر بأسقاط تمام حقه] القابل للأسقاط سواء كان مالاً كالدين او غير مال كالأجل اي الحق [الذي هو عند الآخر او بحط مقدار منه عن ذمته وهو الأبراء المبحوث عنه في كتاب الصلح هذا واما ابراء الأستيفاء فهو عبارة عن اعتراف احد بقبض واستيفاء حقه الذي هو في ذمة الآخر وهو نوع من الأقرار]·

ويجب ان يكون الأبراء مضافاً الى الحق لا الى النفس كما هو صريح عبارة (اسقاط تمام حقه)

الواردة في هذه المادة لأن الأبراء من النفس هو اظهار العداوة والنفرة والأبراء من الحق هو اظهار الأنعام والمحبة . وكذا الأجل فأنه لا يبطل بقول صاحب الأجل انا برئت من الأجل او لا حاجة لي به ويبطل بقول المدين الى دائنه ابرأتك من الأجل .

ويفهم من هذه المادة ان الأبراء اما ان يكون ابراء اسقاط او ابراء استيفاء فأذا وقع الأبراء مطلقاً يحمل على القبض والأستيفاء لأن الأبراء يجب حمله على ما هو محقق والمحقق هو ابراء الأستيفاء لأنه اقل من الأسقاط والاقل محقق والاكثر مشكوك .

ويفترق ابراء الاسقاط عن ابراء الاستيفاء اولاً من حيث اللفظ ثانياً من حيث كون الاول انشاء فلا تسمع فيه دعوى كذب الأقرار والثاني اخبار فدعوى كذب الاقرار فيه مسموعة كما سيأتي تفصيل ذلك في المادة (١٥٨٩) . ثالثاً امكان مطالبة ماوقع عليه الأبراء واسترداده فأذا أبرأ الدائن مدينه ابراء اسقاط بعد قبض الدين فللمدين استرداد مادفعه امافي ابراء الاستيفاء لا يرجع المدين على دائنه بما دفعه له . رابعاً الأستيفاء أقل والأسقاط اكثر .

أما الفاظ الأبراء فمنها ما يشمل جميع الحقوق كالثمن والأجرة والغصب والأمانة والمهر وارش الجنايات كقول المبرئ لا حق لي قبل فلان لان كلمة قبل تشمل الأمانات والمضمونات ومنها ما يختص بالديون فقط كقول المبرئ فلان بريء مما لي عليه من الحقوق لان كلمة على تستعمل في الديون ولا تشمل الأمانات ومنها ما يختص بالأمانات فقط كقول المبرئ لا شيء لي عند فلان او لا شيء لي مع فلان لان كلمتي عند ومع تستعمل في الأمانات ولا تشمل الغصب والديون .

وينقسم الأبراء باعتبار ما يعلق عليه الى أقسام . الاول : الأبراء من الدعوى والخصومة سواء كانت دعوى دين او دعوى مضمونة او أمانة او حق مسيل او شفعة او شرب فهو صحيح كما ذكر ذلك في المواد (١٥٦٤—١٥٦٦) فأذا ابرأ صاحب العين الغاصب من دعوى العين يمتنع عليه الأدعاء بها منه ومطالبته بها وله الدعوى بها على غيره .

الثاني : الأبراء من الدين سواء كان ديناً او ثمن مبيع او قيمة مغصوب تلف بيد الغاصب قبل الأبراء فهو صحيح وتبرأ ذمة المبرأ .

الثالث : الأبراء من العين المضمونة على وجه الانشاء كقوله ابرأت فلاناً من العين التي لي عنده فلا يسقط هذا الأبراء حق الدعوى ولا يثبت ملك المبرأ لان الأعيان لا تسقط

بالأسقاط وللمبرئ اقامة الدعوى على المبرأ وعلى غيره بل تنقلب يد الغصب الى يد الأمانة ولا يشمل هذا الأبراء قيمة المغصوب لعدم امكان مطالبة القيمة من الغاصب مع قيام عين المال في يده ٠

الرابع : الأبراء من العين المضمونة على وجه الأخبار فتسقط فيه الدعوى والحق كقول المبرئ ان فلاناً بريئ من جميع مالي قبله فيشمل هذا الأبراء الديون والاعيان المضمونة والأمانات ولا يشمل الحق الحادث بعده لان الأبراء لا يشمل ما بعده ٠

الخامس : الأبراء من العين الأمانة فهذا الأبراء يسقط المدعي من حق الدعوى قضاءً لا ديانة فلا تسمع دعوى المدعي بعده ٠

السادس : الأبراء من سائر الحقوق كالكفالة والحد والقصاص والارش والدية وخيار العيب (راجع المادة ١٥٦٢) ٠

مادة ١٥٣٧ [الابراء الخاص هو ابراء احد آخر من دعوى متعلقة بخصوص مادة كدعوى الطلب من دار او ضيعة او جهة اخرى] ٠

كقوله ابرأت فلاناً من دعوى الدار الفلانية وقوله ابرأت زيداً من ديني عليه ٠ يفهم من هذا ان خصوص هذا الابراء باعتبار تعين الحق الذي صار الابراء سبباً لسقوط المطالبة به فيما بعد ٠

مادة ١٥٣٨ الابراء العام ينقسم الى قسمين ٠ الاول : الابراء العام من كافة الحقوق كقوله لا حق لي قبل فلان او لا تعلق لي عليه او ليس لي معه امر شرعي او لا استحق عليه شيئاً فهو ابراء يشمل الديون والاعيان كما ورد ذلك بمتن هذه المادة حيث قالت :

[الأبراء العام هو ابراء احد آخر من كافة الدعاوى] الا مايحدث منها بعد الأبراء

والقسم الثاني : الابراء العام من نوع حق كقوله ابرأت فلاناً من ديني عليه فلا يشمل هذا الابراء الا الديون ولا يشمل الاعيان والامانات ٠ وكذا اذا قال المبرئ ليس لي عند فلان حق فيكون أبرأه من الامانات ولا يشمل هذا الابراء الاعيان المغصوبة ٠

« الباب الأول »

(في بيان من يعقد الصلح والأبراء)

مادة ١٥٣٩ [يشترط ان يكون المصالح عاقلاً] كما هو الحكم بجميع التصرفات [ولا يشترط ان يكون بالغاً فلا يصح صلح المجنون والمعتوه والصبي غير المميز] . والمغمي عليه والنائم والمدهوش والمبرسم [اصلاً] سواء كان الصلح مضراً به او غير مضر وسواء كان مدعياً او مدعى عليه . ويصح صلح السكران بخمر زجراً له .

ملاحظة — ان المجلة اعتبرت المعتوه كالمجنون والصبي غير المميز وقد ورد في المادة (٩٧٨) من المجلة بأن المعتوه بحكم الصبي المميز وورد في المادة (٩٦٧) بأن عقود الصبي المميز موقوفة على اجازة وليه فكان الاولى بالمجلة ان تطوي كلمة المعتوه من الفقرة الاولى من هذه المادة وتضيفها الى الفقرة الثانية ولعلها أرادت من المعتوه المعتوه الذي لا يفهم شيئاً اصلاً .

[ويصح صلح الصبي المأذون ان لم يكن فيه ضرر بين] وكذلك صلح المعتوه سواء كان الصلح نافعاً او غير نافع وسواء كان المصالح مدعياً او مدعى عليه ولا يصح الصلح اذا كان مضراً بالصغير [كما اذا ادعى احد على الصبي المأذون شيئاً] من امور التجارة او مما هو من ضروراتها كالدين والوديعة والمضاربة والغصب والعارية [واقر به] او انكره وكان للمدعي بينة على دعواه [فيصح صلحه عن اقرار] او عن انكار واذا كان الصبي مدعياً ولا برهان له على دعواه والخصم منكر فله عقد الصلح اذا كان الخصم يحلف اليمين اذا حلف والا فلا لأن الصبي اذا كان قادراً على اثبات دعواه او كان الخصم مقراً او منكراً ولا يقدم على حلف اليمين فلا يجوز للصغير عقد الصلح معه لانه ليس له الحط والتنزيل والتبرع .

[وللصبي المأذون ان يعقد الصلح على تأجيل وامهال طلبه] لان التأجيل والأمهال من نتائج الأعمال التجارية والصبي المأذون كالبائع في ذلك سواء كان مدعياً او مدعى عليه

وسواء كان الخصم مقراً او منكراً وسواء كان للصغير بينة او لا . وللصبي المأذون حط الثمن وتنزيله صلحاً عن رد المبيع الذي باعه الى آخر وظهر فيه عيب قديم وليس له الحط والتنزيل بالثمن بدون وجود العيب القديم .

[واذا صالح على مقدار من طلبه وكان له بينة بتمامه فلا يصح صلحه] للضرر الظاهر في هذا الصلح ولأن الحط والتنزيل ابراء والمأذون ليس له الأبراء .

[وان لم تكن له بينة وتحقق ان خصمه سيحلف يصح] لان المال أولى من اليمين

[وان ادعى على آخر مالاً فصالح على مقدار قيمته يصح] سواء كان له بينة على دعواه او لم يكن لان هذا الصلح يتضمن المبادلة والمبادلة من اعمال التجارة [ولكن اذا صالح على نقصان فاحش عن قيمة ذلك المال فلا يصح] لان هذا الصلح مضر بحق الصبي ضرراً بيناً .

ملاحظة — لقد ورد في شرح المادة (٩٧٢) من المجلة بأن للصبي المأذون ان يبيع ماله بغبن فاحش وقد ورد في هذه المادة انه ليس له ان يصالح على قيمة قيمي له بغبن فاحش والفرق بين الحكمين على ما يظهر هو ان البيع بالغبن الفاحش يكون لتطييب قلوب الزبائن وتكثيرهم وهذا مفقود في الصلح .

مادة ١٥٤٠ [اذا صالح ولي الصبي] او وصيه او متولي الوقف [عن دعواه فيصح ان لم يكن فيه ضرر بين وان كان فيه ضرر بين لا يصح بناءً عليه لو ادعى احد على صبي كذا دراهم وصالح ابوه على ان يعطي كذا دراهم من مال الصبي يصح ان كانت للمدعي بينة وان لم تكن له بينة لا يصح] .

سواء شهدت البينة بحضور الحاكم او بحضور ولي الصغير او وصيه او كان الولي او الوصي متحققاً بأن بينة المدعي ستشهد له على دعواه والحاكم سيحكم بمقتضاها . ويصح في كل الاحوال صلح الولي والوصي والمتولي بدعوى الصغير على مال نفسه ولو بضرر بين لعدم لحوق ضرر بالصغير وبماله .

[واذا كان للصغير طلب في ذمة آخر وصالحه ابوه بحط وتنزيل مقدار منه فلا يصح صلحه ان كانت له بينة] او كان قد حكم بطلب الصغير [وان لم تكن له بينة وتحقق ان المديون سيحلف يصح] .

واذا ظفر ولي الصغير ووصيه او الصغير بعد بلوغه ببينته على طلبه وحقه فله اقامتها ونقض الصلح الا ان هذا الحكم منسوخ في زماننا ولا يقبل التطبيق لوجوب حصر الشهود في الدعوى على ما جاء بقانون اصول المحاكمات الحقوقية الا اذا قبلنا عدم صحة أقرار ولي الصغير بحصر البينة ولا يوجد في الأصول ما يشير الى ذلك .

[ويصح صلح ولي الصبي على مال تساوي قيمته مقدار طلبه] او انقص منه نقصاناً يسيراً سواء كان الخصم مقراً للولي والوصي اولم يكن لأن المصالحة على هذه الصورة معاوضة وللولي والوصي المعاوضة في مال الصغير [ولكن اذا وجد غبن فاحش فلا يصح] لان المصالحة على هذه الصورة تبرع اما اذا كان لا بينة للولي او الوصي على دعواه وظهر وتحقق اقدام الخصم على حلف اليمين فيجوز للولي وللوصي الصلح على مال الصغير بغبن فاحش وهذا كله يجري بالحقوق التي لم تكن ناشئة من عقد الولي او الوصي لان الناشئ منها من عقودهم يصح لهم الصلح عنها ولو بغبن فاحش ويضمنوا مقدار ما حط ونزل من مال الصغير .

مادة ١٥٤١ [لا يصح أبراء] اسقاط [الصبي] المأذون وغير المأذون [والمجنون والمعتوه مطلقاً] . ويجوز ابراء استيفاء الصبي المأذون . وابراء الولي والوصي مديون الصبي عن معاملات أجروها بمباشرتهم ويضمنوا ما ابرأوه . واذا اختلف المبرئ والمبرأ فقال المبرئ كنت صغيراً وقال المبرأ كنت كبيراً حين الابراء فالقول قول مدعي الصغر ولا فرق بين ان يكون الصبي مميزاً او غير مميز حسبما يدل عليه اطلاق المادة .

مادة ١٥٤٢ [الوكالة بالخصومة لا تستلزم الوكالة بالصلح] لان الخصومة ضد الصلح والشيء لا يتناول ضده [بناءً عليه اذا وكل احد آخر بدعواه وصالح على تلك

الدعوى بلا اذن فلا يصح صلحه] وتبقى الدعوى على حالها و يبقى الصلح موقوفاً على اجازة الموكل • وكذا الوكالة بالصلح لا تستلزم الوكالة بالخصومة وذلك لأن معنى الخصومة في اصطلاحات الشرع هو التوسل بالطرق القانونية لأثبات الحق ومن الصلح ما يكون اسقاطاً ومنه ما يكون بيعاً او أعارة و كل هذه الحقائق تباين معنى الخصومة فلا تكون مدلولاً عليها لا حقيقة ولا مجازاً •

مادة ١٥٤٣ [اذا وكل احد آخر على ان يصالح عن دعواه وصالح ذلك بالوكالة فيلزم المصالح عليه الموكل ولا يؤاخذ الوكيل بذلك ولا يطالب به] •

اذا كان الصلح لا يحتمل المعاوضة كالصلح على مقدار من الدين سواء كان عن اقرار او عن انكار او عن سكوت لانه اسقاط والوكيل فيه سفير • والقاعدة في ذلك هي ان الصلح اذا كان من قبيل الأسقاط يجب فيه بدل الصلح على الموكل لوجوب اضافته الى الموكل والوكيل فيه سفير ومعبر كالصلح عن الدين بمقدار من جنسه وعن دم العمد وعن الجناية فيما دون النفس وعن النكاح فأنه يقع على الموكل سواء كان عن اقرار او عن انكار او عن سكوت الا اذا ضمنه الوكيل • وكذا الصلح عن مال بمال عن انكار يقع بدل الصلح فيه على الموكل سواء كان المال المصالح عليه والمال المصالح عنه من جنس واحد او من أجناس مختلفة او كانا دينان مختلفي الجنس• واذا كان الصلح عن معاوضة مالية يقع على الوكيل لان حقوق العقد تعود للعاقد الا اذا أضاف الوكيل العقد الى موكله • واذا دفع الوكيل بدل الصلح يرجع به على موكله لان الأمر بالصلح امر بالضمان في كل الأحوال •

[الا ان يكون الوكيل قد ضمن المصالح عليه فعلى هذا الحال يؤاخذ الوكيل بحسب كفالته] و يرجع على موكله بما دفعه •

[وايضاً لو صالح الوكيل عن اقرار بمال عن مال وأضاف الصلح الى نفسه فحينئذ يؤاخذ الوكيل يعني يوءخذ بدل الصلح منه وهو يرجع على الموكل] •

واذا أضاف الصلح الى نفسه او صالح عن انكار يؤاخذ الأصيل لا الوكيل لان هذا الصلح فداء لليمين وقطع للنزاع سواء كان عن مال بمال او كان بصورة اخرى •

[مثلاً لو صالح الوكيل بالوكالة على كذا دراهم يلزم الموكل اعطاء ذلك المبلغ ولا يكون الوكيل مسؤولاً عنه لكن لو قال صالح على كذا وانا كفيل به يؤخذ ذلك المبلغ منه وهو يرجع على موكله وايضاً لو وقع الصلح عن اقرار بمال عن مال بأن كان قد عقد الوكيل الصلح بقوله للمدعي صالحني عن دعوى فلان بكذا يؤخذ بدل الصلح منه لأنه في حكم البيع وهو يرجع على الموكل] .

واذا عقد الصلح بالأضافة للموكل يؤخذ بدل الصلح من الموكل .

مادة ١٥٤٤ [اذا صالح احد وهو فضولي يعني بلا امر عن دعوى واقعة بين شخصين] وأضاف الصلح لنفسه يجب عليه بدل الصلح سواء أضاف الصلح الى ماله او الى ذمته او لم يضف لان اضافة العقد لنفسه التزام لبدل الصلح في مقابل اسقاط اليمين عن المدعى عليه واذا أضاف الفضولي الصلح الى المدعى عليه كقوله صالح فلان عن دعواك عليه فأما ان يضمن الفضولي الصلح او لا يضمن واذا لم يضمن بدل الصلح فأما ان يضيفه الى ماله او لا يضيفه واذا لم يضفه الى ماله فأما ان يشير الى نقد او عرض او لا يشير واذا لم يشر اما ان يسلم او لا يسلم فالصلح باربع صور من ذلك لازم وبالصورة الخامسة موقوف كما سيأتي تفصيل ذلك .

الصورة الأولى : [فأن كان ضمن بدل الصلح] كقوله صالح فلان على مالك بذمته عليه وقدر ذلك الف قرش على ان اكون ضامناً لذلك وقبل المدعي تم الصلح وصح لان هذا الصلح ابراء للمدعى عليه ولان للأجنبي استحصال براءة المدعى عليه وبهذه الصورة اذا ما وجب بدل الصلح على المصالح بسبب عقده - لأنه سفير - يجب عليه بسبب ضمانه ولا يرجع المصالح على المدعى عليه بشيء لانه متبرع ولا يملك المصالح الفضولي المال الموجود بيد من وقع الصلح له لأن المال لمن هو في يده سواء كان مقراً او منكراً ولا يكون الفضولي كفيلاً للمدعى عليه لأن الكفالة هي ربط ذمة بذمة فلا تنعقد مع انكار المدين ما عليه من الدين .

الصورة الثانية: [أو أضاف بدل الصلح الى ماله بقوله على مالي الفلاني] تم الصلح وصح لان المصالح الفضولي لما أضاف الصلح الى ماله التزم تسليمه ،

الصورة الثالثة : اذا لم يضمن بدل الصلح ولم يضفه الى ماله لكنه [أشار الى النقود او العروض الموجودة بقوله علي هذا المبلغ او علي هذه الساعة] صح الصلح لأنه عين ماله المشار اليه بدلاً من الصلح وعينه للتسليم .

الصورة الرابعة : [او اطلق بقوله صالحت على كذا ولم يكن ضامناً ولا مضيفاً الى ماله ولا مشيراً الى شيء وسلم المبلغ يصح الصلح بهذه الصور الأربع ويكون المصالح متبرعاً] . لأن تسليم البدل هو فوق التعهد والضمان واتمام للمصالحة وتبرأ ذمة المدعى عليه ولا شيء للفضولي من المصالح عنه .

[واذا لم يسلم بدل الصلح بالصورة الرابعة فيكون موقوفاً على أجازة المدعى عليه فأن أجاز يصح الصلح ويلزمه بدله] لان الأجازة اللاحقة بمثابة التوكيل [وان لم يجز يبطل الصلح وتبقى الدعوى على حالها] .

ولا فرق بين ان يكون المدعى عليه مقراً او منكراً او ان يكون بدل الصلح عيناً او ديناً لان الفضولي اذا لم يضف العقد الى نفسه او الى ماله او الى مشار اليه ولم يسلم بدل الصلح لا يكون مؤاخذاً بعقده لأنه لا ولاية له على المدعى عليه وليس له أيجاب عقد عنه بدون رضائه وليس له اسقاط حق المدعي بدون مقابل ومتى بطل الصلح بطل ما هو ضمنه .

ويجب ان يكون الفضولي اهلاً للتبرعات واذا ضبط بدل الصلح بالأستحقاق او ظهر انه نقود زائفة يطالب به الفضولي اذا كان ضامناً لبدل الصلح لأنه التزم ذلك بالضمان ولا يطالب بالصور الباقية لانه متى عين مالاً معلوماً بدلاً للصلح لا يكلف لدفع غيره انما يجوز للمدعي الرجوع بدعواه لانه لم يرض بترك حقه مجاناً .



« الباب الثاني »

(في بيان بعض أحوال المصالح عليه والمصالح عنه و بعض شروطهما)

مادة ١٥٤٥ [ان كان المصالح عليه عيناً] كالعقار والعروض والموزون [فهو في حكم المبيع وان كان ديناً فهو في حكم الثمن فالشئ الذي يصلح لأن يكون مبيعاً او ثمناً في البيع يصلح لأن يكون بدلاً في الصلح ايضاً] ٠

ولذا يجوز ان يكون بدل الصلح معجلاً او مؤجلاً كثمن المبيع فالعروض والعقار والكيلي والموزون يجوز ان يكون ثمناً و بدلاً للصلح والقاعدة في ذلك هي ان الصلح يحمل على العقدالذي يمكن حمله عليه لوجوب اعتبار تصرف العاقل بقدر الأمكان و يكون الصلح في بعض الأوقات عقداً لا يمكن حمله على عقد معلوم كالصلح عن دعوى دم العمد المقامة من طرفين على بعضهما ٠ و يجوز عقد الصلح على شيء لا يكون مبيعاً او ثمناً كالصلح على المجهول مثلاً اذا ادعى احد على آخر بحق من دار في يده وادعى المدعى عليه على المدعي بحق بحديقة في يده وتصالحا على الدعوايين صح الصلح و يكون المصالح عليه غير معلوم كما سيأتي تفصيل ذلك في المادة (١٥٤٧) من هذا هذا الكتاب ٠

مادة ١٥٤٦ [يشترط ان يكون المصالح عليه مال المصالح وملكه] فلا ينعقد الصلح على الجيفة ولا على الأنسان الحر ٠ و ينعقد الصلح على المنافع كركوب الدابة وسكنى الدار وزراعة الأراضي ولبس الثياب والحلي واستعمال الخيام ٠

[بناءً عليه لو أعطى المصالح مال غيره ليكون بدل الصلح لا يصح صلحه] الا اذا أجاز صاحب المال فيصح الصلح و يأخذ صاحب المال قيمة ماله من المدعى عليه ٠ وكذا اذا ضبط بدل الصلح بالأستحقاق يبطل الصلح (راجع المادة ١٥٥٠) ٠ وهذا فيما يتعلق بالمصالح عليه اذا كان من الأعيان التي تتعين بالتعيين اما اذا كان ديناً او عيناً لا تتعين بالتعيين كالنقود وأجاز الصلح صاحبها جاز ووجب على المصالح اعطاء مثل المصالح عليه كما سيأتي ذلك بشرح المادة ١٥٤٨

من هذا الكتاب . وقد ورد في هذه المادة كلمة لا يصح وكان الأولى ان يحرر بدلاً منها لا ينفذ لان صلح الفضولي موقوف النفاذ على الأجازة .

مادة ١٥٤٧ [يلزم ان يكون المصالح عليه والمصالح عنه معلومين ان كانا محتاجين الى القبض والتسليم] ويجب ان يكونا مقدوري التسليم وان لا يكون تسليمهما مضراً [والا فلا] لذلك لا يصح الصلح اذا كان بدل الصلح مجهولاً او حيوانا فاراً او طيراً طائراً ولا يصح اذا كان تسليمه مضراً كجدار الدار وكم الثوب .

وكذا اذا ادعى المدعي حقاً بدار لم يبينه وتصالح مع المدعي عليه عنه على مال معلوم لا ينعقد الصلح لجهالة المصالح عنه .

واعلم ان بدل الصلح اما ان يكون نقوداً فيحتاج الى توصيف اذا كان مشاراً اليه واما ان يكون من غير النقود كالمكيلات والموزونات فيجب بيان اوصافه اذا كان غائباً عن المجلس والا فالأشارة اليه اذا كان موجوداً في المجلس وحيث ان المثليات والمكيلات والموزونات المشار اليها تتعين بالتعيين فلا يجوز للمصالح اعطاء المدعي غيرها . واذا لم تكن موجودة في المجلس فأما ان يكون بدل الصلح كالفضة والذهب فيجب بيان جنسه ومقداره ويجب اعتبار الأجل فيه اذا تبين والا فلا ولا حاجة لبيان وصفه لانه يصرف على المتداول منه .

واما ان يكون مكيلاً او موزوناً لا حمل ولا مؤنة له فيجب بيان قدره ووصفه لان المكيلات والموزونات تكون أعلا وادنى وأوسط .

واما ان يكون مكيلاً او موزوناً يحتاج الى الحمل والمؤنة فيجب بيان قدره ووصفه ومكان تسليمه عند الامام الأعظم لأن العقد فيه يتعلق بالمسمى .

واما ان يكون ثوباً فيجب بيان ذراعه وصفته .

واما ان يكون حيواناً فيجب ان يكون معلوماً لأن الصلح من التجارة والحيوان لا يكون ديناً .

[مثلاً لو ادعى احد من الدار التي في يد آخر حقاً وادعى هذا من الروضة التي هي في يد ذلك حقاً وتصالحا على ان يترك كلاهما دعواهما من دون ان يعينا مدعاهما يصح] لأن الجهالة في الساقط لا توجب النزاع ولا تحتاج الى التسليم . وكذا الصلح عن

الدعوى الصحيحة والفاسدة صحيح والصلح عن الدعوى الباطلة غير صحيح لأن معلومية المدعى به من صحة الدعوى وشروطها كما ورد ذلك في المادة (١٦١٩) من المجلة فاذا جهلت الدعوى بطلت و بطل الصلح عنها ·

[كذلك لو ادعى احد من الدار التي هي في يد الآخر حقاً وصالحه على بدل معلوم ليترك الدعوى يصح ولكن لو تصالحا على ان يعطي المدعي للمدعى عليه بدلاً وان يسلم هذا حقه الى ذاك لا يصح] ·

لأن المصالح عليه في الوجه الأول لا يحتاج الى التسليم وفي الوجه الثاني يحتاج الى التسليم ولما كان مجهولاً فتسليمه يوجب النزاع و يبطل الصلح ·

وكذا اذا ادعى رجل على آخر حقاً بعقار فتصالحا على ان يعطي المدعى عليه بدلاً غير معلوم او ادعى المدعي حقاً بأشجار زيتون قائمة وتصالح مع المدعى عليه على ان يأخذ حاصلات تلك الأشجار بتلك السنة لا يصح الصلح للجهالة بالبدل لأنه محتاج للتسليم ·

« الباب الثالث »

(في المصالح عنه و يشتمل على فصلين)

المصالح عنه اربعة أنواع · الاول : دعوى المال فالصلح اذا وقع بمال عن اقرار يكون بيعاً بحق المتعاقدين واذا وقع بمال عن سكوت يكون بيعاً بحق المدعي وفداء لليمين وحسماً للنزاع بحق المدعى عليه واذا وقع بمنفعة يكون أجارة ·

الثاني : دعوى المنفعة يجوز الصلح عن دعوى منفعة السكنى بالدار او ركوب الدابة في مقابل مال معلوم او في مقابل منفعة من غير جنسها ·

الثالث : دعوى حق الشرب ودعوى حق المرور والشفعة ، فيجوز فيها الصلح عن نفس الحق كما سيأتي تفصيل ذلك في المادة (١٥٥٥)

الرابع : دعوى الجناية ، كالقتل عمداً او خطأً ودعوى الجناية فيما دون النفس كالشج وقطع

العضو فالصلح في ذلك صحيح و بدل الصلح يجوز ان يكون معادلاً للدية او زائداً عنها او اكثر منها الا اذا كان ولي القتيل صغيراً وكان القصاص ثابتاً بالبينة او كان القاتل مقراً فليس للولي او الوصي الصلح على ما دون الدية واذا تصالحا لا يعتبر صلحهما ومتى بلغ الصغير اخذ الدية من القاتل بتمامها وكذا الحكم في المجانين والمعتوهين اذا كانوا أولياء المقتول ·

* * *

الفصل الأول

(في الصلح عن الأعيان)

مادة ١٥٤٨ [ان وقع الصلح عن الاقرار على مال معين عن دعوى مال معين قيمي او مثلي [فهو في حكم البيع] وتجري فيه أحكام البيع لأن هذا الصلح يتضمن المبادلة فالمصالح عليه والمصالح عنه اذا كانا من الأعيان القيمية او احدهما قيمي والآخر مثلي ووقع الصلح عن اقرار او كانا من المثليات المختلفة الجنس وقبض بدل الصلح في المجلس فالصلح صحيح وهو بحكم البيع · واذا وقع الصلح عن اقرار على جنس المدعى به بأقل منه يكون حطاً واذا وقع بمثله يكون استيفاء واذا وقع بأكثر منه يكون رباً وغير صحيح · وبما ان الصلح عن اقرار اقرار على ما جاء في هذه المادة فيتفرع عن ذلك المسائل الآتية :

اولاً : اذا تصالح المدعى عليه مع المدعي عن دعوى الدار عن اقرار بمال مؤجل الى ان تنزل المطر فالصلح غير صحيح (راجع المادة ٢٤٨) ·

ثانياً : اذا كان المصالح عليه مجهولاً فالصلح فاسد (راجع المادة ٢٣٨) ·

ثالثاً : اذا تصالح المدعي على ثمن المبيع الذي يطلبه البالغ عنه الف قرش مع المدعى عليه على مكيل او موزون ثابت في الذمة وغير معين لا يصح الصلح لأنه معدوم حتى ولو ذكرت شرائط السلم وسلم بدل الصلح في المجلس لأن رأس المال دين (بزازية) ·

رابعاً : اذا صالح المدعي عن دينه المؤجل بمال عن أقرار و بعد ان استلم بدل الصلح رده لعيب قديم فيه عاد الأجل اما لو أقال البيع لا يعود الأجل واذا رده بخيار العيب و كان للمدين كفيلاً او رهناً عادت الكفالة والرهن ·

خامساً : الصلح كالبيع [فكما يجري فيه خيار العيب والرؤية والشرط كذلك تجري دعوى الشفعة ايضاً ان كان المصالح عليه والمصالح عنه عقاراً] .

لذلك اذا ظهر في بدل الصلح عيب فاحش او عيب يسير فللمدعي رده واذا حصل فيه عيب حادث بعد التسليم فللمدعي طلب نقصان الثمن واذا رد المدعي بدل الصلح لعيب فيه عاد الى دعواه الأولى واذا كان بدل الصلح نقداً وظهر بأنه زيوف بعد التسليم فللمدعي رده وطلب نقد جيد من المدعى عليه حتى ولو كان رأى النقود قبل قبضها وقال له المدعى عليه خذها فأذا لم تقدر على دفعها وصرفها انا اصرفها لك وهذا مخالف لما جاء في البيع لأن المشتري اذا رأى العيب القديم في المبيع وتمنع من استلامه وقال له البائع خذه واستلمه اذا كنت ترى ان هذا العيب دائم فيه فأنا أرده لك فاستلمه المشتري تم البيع وليس للمشتري رد المبيع بخيار العيب لأن المشتري قد استلم عين حقه وهو المبيع اما الدائن فقد قبض مثل حقه وله الرد .

وكذا الشفعة فأذا ادعى المدعي على المدعى عليه بدار فأقر له المدعى عليه بدعواه وتصالح معه على اعطائه دار غيرها فالشفعة لصاحبها في الدارين واذا كان بدل الصلح نقداً او مثلياً فالشفعة تجريٰ في الدار الواحدة فقط .

سادساً : اذا كان بدل الصلح مما يحتاج للتسليم فيجب ان يكون مقدور التسليم وان لا يكون تسليمه مضراً فلا يصح الصلح على الطير الطائر والحيوان الفار و كم الثوب .

سابعاً : اذا كان بدل الصلح عيناً يجب ان لا يكون مؤجلاً (راجع المادة ٢٤٥) .

ثامناً : واذا وقع الصلح على ترك المدعى به بيد المدعى عليه [واستحق كل المصالح عنه او بعضه يسترد هذا المقدار من بدل الصلح كلاً او بعضاً] لأن كلاً من المصالح عنه و بدل الصلح عوض الآخر فأذا ادعى رجل على آخر بدار ثم تصالح معه على عشرة ليرات عثمانية و بعد ان قبض بدل الصلح استحقت الدار من يد المدعى عليه فللمدعى عليه ان يرجع و يسترد العشر ليرات من المدعي . اما اذا ضبطت العشر ليرات من المدعي بالأستحقاق فيرجع على المدعى عليه بمثلها ولا ينقض العقد واذا وقع الصلح على ان يأخذ المدعي المدعى به فأخذه وضبط من يده فلا شيء على المدعى عليه .

[ولو استحق بدل الصلح كله او بعضه يطلب المدعي من المدعى عليه ذلك المقدار المصالح عنه كلاً او بعضاً] واذا استحق بعض بدل الصلح فالمدعي بالخيار ان شاء ابقى الباقي في يده ورجع بقسم من دعواه وان شاء رد الباقي ورجع بكل المدعى به الا اذا كان بدل الصلح دراهم ودنانير من جنس المدعى به وضبط هذا البدل بالاستحقاق يرجع المدعي بمثل النقود ولا ينتقض الصلح واذا أجاز المستحق الصلح بقي بدل الصلح الى المدعي ورجع المستحق على المدعي عليه بمثله او بقيمته ٠

واذا كان بدل الصلح غير معين بالتعيين وضبط لا ينقض الصلح لأن الصلح يقع على جنسه وقدره لا على عينه فأذا صالح المدعى عليه عن اقرار بدعوى الدار على خمسين ليرة واستحقت بعد الدفع لا ينقض الصلح بل يدفع المدعى عليه مثل المبلغ اما اذا تصالح بخمسين ليرة بدلاً من الف ريال مجيدي وضبطت الليرات بالاستحقاق بعد القبض ينقض الصلح و يبطل لان الصلح على غير الجنس معاوضة ٠ واذا ادعى المدعي بنصف دار وتصالح مع المدعى عليه على مبلغ من النقود قبضه واستوفاه و بعد ذلك ضبطت نصف الدار بالاستحقاق ينظر فأذا قال المدعي حين الدعوى ان نصف الدار له والنصف الآخر الى المدعى عليه رجع المدعى عليه بنصف بدل الصلح واذا قال المدعي حين الدعوى ان نصف الدار له وسكت عن ذكر النصف الآخر او قال انه لا يعرفه لمن وضبط النصف فلا يرجع المدعى عليه بشيء على المدعي ٠ وكذا لو ادعى المدعي حقاً في دار فصالحه المدعى عليه ثم استحق شيء من الدار فالمدعى عليه لا يرجع على المدعي بشيء ٠ وكذا اذا ادعى المدعي بنصف الدار وقال ان النصف لي والنصف الآخر لفلان — غير المدعى عليه — وتصالح مع المدعى عليه وقبض بدل الصلح وضبطت نصف الدار فلا يرجع المدعى عليه بشيء لأن أقراره بالنصف الآخر الى غير المدعى عليه باطل لأنه أقرار بما في يد الغير فلا يصح فيه الأقرار واذا ادعى المدعي نصفاً معيناً من دار وصالح عليه ثم ضبط النصف من الدار فأذا كان المضبوط هو النصف المصالح عليه رجع المدعى عليه ببدل الصلح والا فلا (خانية)٠

تاسعاً : اذا كان بدل الصلح عرصة فأنشأ المدعي بناء فيها ثم ظهر مستحق فادعاها واثبت دعواه او كلف المدعي لحلف اليمين فتمنع وثبتت دعوى المستحق بنكوله واخذها منه يرجع المدعي على المصالح بدعواه الأولى مع قيمة البناء (انظر المادة ٦٥٧) ٠

[مثلاً لو ادعى احد على آخر بدار وتصالحا على ان يعطيه كذا دراهم مع ان المدعى عليه اقر بكون الدار له يكون كأن المدعي باع تلك الدار للمدعى عليه و يجري في هذا أحكام البيع كما ذكر آنفاً] وهي خيار الشرط وخيار الرؤية وخيار العيب والشفعة والرجوع بعد الأستحقاق وخيار الغرور لأن كلاً من بدل الصلح والمصالح عنه عوض عن الآخر ·

وتشتمل دعوى المال الوارد ذكرها في هذه المادة الوديعة والعارية فالوديعة اذا كانت قائمة بعينها يصح الصلح عنها قضاء اذا كان الوديع منكراً والا فلا · مثلاً لو كانت الوديعة عشرين ريالاً فأنكرها الوديع وتصالح مع المدعي على عشرة ريالات صح الصلح قضاء لأن الصلح يبنى جوازه على زعم المدعي وفي زعمه ان الوديع صار غاصباً بالجحود فيجوز الصلح معه · واذا كانت الوديعة عشرين ريالاً مجيدياً فصالح عنها بثلاث او بخمس ليرات فأذا كان الصلح عن انكار و بدل الصلح مقبوضاً في المجلس صح سواء كانت المجيديات موجودة او غير موجودة في المجلس واذا وقع الصلح عن اقرار ينظر فأذا كانت الوديعة موجودة في المجلس وجدد الوديع قبضها بعد الصلح وقبض المودع بدل الصلح في المجلس صح واذا كانت الوديعة غير موجودة في المجلس او لم يجدد القبض يبطل الصلح ·

واذا ادعى الوديع رد الوديعة الى المودع او ادعى تلفها وانكر المودع ذلك وتصالحا صح الصلح ·

واذا ادعى الوديع رد الوديعة الى المودع او هلاكها وادعى المودع الأيداع والأتلاف من الوديع وتصالحا بعد ذلك لا يصح الصلح عند الأمام الأعظم و يصح عند الأمام محمد الا اذا ادعى الوديع الرد او التلف وحلف اليمين وصالح بعد ذلك يبطل صلحه بالأتفاق لبراءة ذمته بحلف اليمين ·

واذا ادعى الوديع الرد او الهلاك وسكت المودع وتصالحا فصلحهما باطل عند ابي يوسف وصحيح عند محمد ·

استثناء : البيع عن اقرار هو بحكم الصلح فلو ادعى المدعي على المدعى عليه بألف قرش فأقر له المدعى عليه بدعواه واعطاه دابة صلحاً عنهـا ثم تصادقا على عدم صحة دعوى المدعي في الأصل لا يبطل صلحهما لأنه بيع اما اذا استوفى الدائن مطلوبه من المدين ثم تصادقا على عدم

وجود الدين يجب على الدائن اعادة ما قبضه لأن ما بني على الباطل فهو باطل اما البيع الوارد في هذه المسألة فهو مستثنى عن الدين ٠

مادة ١٥٤٩ اولاً [ان وقع الصلح عن الاقرار على المنفعة في دعوى المال] ثانياً ان وقع عن الأقرار على المنفعة في دعوى المنفعة ٠ ثالثاً ان وقع عن الأقرار على المنفعة في دعوى المنفعة من جنس آخر [فهو في حكم الأجارة و يجري فيه احكام الأجارة]

لأن حمل الصلح على اقرب العقود واجب والعبرة للمقاصد والمعاني ٠ لذلك فكل منفعة يجوز ان تكون بدل ايجار يجوز ان تكون بدلاً للصلح وكل منفعة لا يجوز ان تكون بدل الأيجار لا يجوز ان تكون بدلاً للصلح ٠ ويجب ان تكون المنفعة معلومة بصورة تمنع النزاع فيعقد الصلح عن مال بسكنى الدار مدة معلومة فأذا لم توقت المنفعة يبطل الصلح ٠ واذا تلف محل المنفعة بنفسه او بأتلافه من آخر قبل استيفائها يبطل الصلح و يرجع المدعي بدعواه واذا وقع التلف بعد استيفاء قسم من المنفعة يرجع المدعي بما يعادل القسم التالف منها من دعواه ٠ واذا توفي المدعي او المدعى عليه قبل استيفاء المنفعة يبطل الصلح عند محمد لأن الأجارة تنفسخ بوفاة احد العاقدين ولا يبطل الصلح عند ابي يوسف اذا توفي المدعى عليه لأمكان استيفاء المدعي المنفعة المتفق عليها واذا توفي المدعي فوارثه يستوفي المنفعة فيما لا يختلف باختلاف المستعملين كسكنى الدار ولا يستوفيها فيما يختلف باختلاف المستعملين كركوب الدابة ولبس الثياب و يبطل الصلح قياساً على الأجارة ومتى قلنا بأن الأجارة لا تنفسخ بوفاة العاقدين كما هو مذهب الأمام الشافعي ونظام ايجار العقار وجب علينا ان لا نقول ببطلان الصلح عند وفاة المدعي والمدعى عليه او احدهما ٠ لوجوب استخراج الفروع من اصول واحدة ٠

واذا عقد الصلح على نقل حمل من محل الى آخر او ركوب حيوان فيجب تعيين المسافة والراكب ٠ واذا تصالحا على صبغ الثوب فيجب اراءته او توصيفه توصيفاً كافياً ٠

واذا عقد الصلح على استيفاء منفعة بمقابل منفعة اخرى فيجب ان تكون المنفعتان مختلفتي الجنس ٠

[مثلاً لو صالح احد آخر عن دعوى روضة على ان يسكن مدة كذا في داره يكون قد استأجر تلك الدار في مقابلة الروضة تلك المدة] ٠

وكذا لو صالح احد آخر عن دعوي دار على ان يسكن مدة فيها ٠ وكذا اذا ادعى المدعي داراً من المدعى عليه فتصالحا على ان يسكنها المدعي او المدعى عليه سنة واحدة او اكثر وقع الصلح بينهما ٠ وكذا اذا ادعى المدعي دابة من المدعي عليه فتصالحا على ان يستعمل احدهما تلك الدابة مدة تم الصلح ٠ وكذا اذا ادعى المدعي بان اب المدعى عليه اوصى له بسكنى الدار سنة كاملة وتصالح مع الوارث عن اقرار على سكنى دكان او زراعة ارض مدة معلومة تم الصلح بينهما ٠

مادة ١٥٥٠ [الصلح عن الأنكار او السكوت هو في حق المدعي معاوضة] ويحل له بدل الصلح اذا كان صادقاً بدعواه والا فلا ٠

[وفي حق المدعى عليه خلاص من اليمين وقطع للمنازعة] لأن المدعي عليه المنكر يزعم بأن المدعي غير محق بدعواه وقد صالحه تخلصاً من اليمين ولا يجوز للمدعى عليه ديانة ان ينكر مال المدعي الموجود في يده ويصالحه عليه الا اذا أبرأه المدعي من الحق المدعى به ولذا فالصلح عقد يفيد حكمين مختلفين بحق المتعاقدين ٠

وكذا النكاح فأنه حل بحق الزوجين وحرمة بحق الأصول والفروع ٠

[فتجري الشفعة في العقار المصالح عليه ولا تجري في العقار المصالح عنه] ٠

لأن المدعي يزعم انه يأخذ العقار بدلاً من حقه فتجري فيه الشفعة ولاعبرة لزعم المدعى عليه بحق المصالح عليه لأن المدعى عليه قد ابقى ملكه واستبقاه وقد اعطى المدعي العقار فداء لليمين ولا عبرة لزعم المدعي لأنه لا يسري على المدعي عليه في الصلح عن انكار ٠ واذا كان الصلح عن اقرار فيكون معاوضة وتجرى الشفعة بالمصالح عنه والمصالح عليه ٠ وكذا الشفيع اذا ادعى الشفعة في العقار المصالح عنه وانكر المدعى عليه ملكية المدعي فيه فللشفيع اقامة البينة على ملكية المدعي وله بعد ذلك اخذه بالشفعة وله استحلاف المدعى عليه ايضاً ٠

[ولو استحق كل المصالح عنه او بعضه يرد المدعي الى المدعى عليه هذا المقدار من بدل الصلح كلاً او بعضاً] ٠

لأن المدعى عليه اعطى المدعي بدل الصلح دفعاً للخصومة وابقاءً للمدعى به في يده بدون

خصومة اما وقد ضبط المدعى به بالأستحقاق فتحققت عدم خصومة المدعي للمدعى عليه وصار له استرداد ما اعطاه [ويباشر] المدعي [المخاصمة بالمستحق] الا اذا كانت دعوى المدعي بحصة من عقار ولم يذكر المدعي حين الدعوى كون باقي العقار الى المدعى عليه وضبطت منه حصته بعد الصلح فلا يرجع المدعى عليه عليه بشيء لأن من الجائز ان يكون الحق الباقي لغير المدعي والمدعى عليه ٠

[ولو استحق بدل الصلح] العين [كلاً او بعضاً يرجع المدعي بذلك المقدار الى دعواه] لأن المدعي ترك دعواه بمقابل بدل الصلح فأذا لم يسلم له بدل الصلح يرجع بما تركه اذا لم يجز المستحق الصلح واذا أجازه تم الصلح واخذ المستحق البدل من المدعى عليه واذا كان البدل المستحق نقوداً لا ينقض الصلح كما ذكر آنفاً ٠ واذا وقع الصلح بلفظ البيع وضبط البدل بالأستحقاق يرجع المدعي بالمدعى به لا بالدعوى لأن اقدام المدعى عليه على الدعوى اقرار منه بالحق فلا يعتبر انكاره بعد ذلك بخلاف الصلح لأنه لا يوجد فيه مايدل على انه اقرار بالملك اذ الصلح قد يقع لدفع الخصومة ٠

ولما كان الصلح عن انكار هو خلاص من اليمين لذلك اذا انكر المدعى عليه دعوى المدعي وتصالحا على شيء ثم ادعى المدعى عليه الأداء والأبراء لا تسمع دعواه ولا بينته لأن المدعى عليه قد بريء بالصلح من الدعوى والساقط لا يعود الا الولي والوصي اذا صالحا على مال الصغير عن انكار ثم وجدا بينة تقبل ولكن لو طلبا تحليف المدعى عليه فلا يحلف لان الصلح وقع فداء لليمين ٠ وكذا لو ادعى المدعي بمال ودين ادعى المدعى عليه اداءه او الأبراء منه وعجز عن البرهان وبعد ان تصالحا على مال وجد المدعى عليه بينة على دفعه يرجع على المدعي لأن الصلح لم يقع فداء لليمين ٠ اما الصلح بين المتداعيين بعد حلف المدعى عليه اليمين على براءة ذمته من دعوى المدعي او على رد الوديعة له فهو باطل ٠

واذا ادعى اثنان بحق على مدع عليه وصالحه احدهما عن انكار فبدل الصلح للمصالح دون المدعي الآخر لأن بدل الصلح وان كان معاوضة بحق المدعي الا انه تخلصاً من اليمين بحق المدعى عليه والصلح ليس بعقد معاوضة من كل الوجوه فلا تثبت فيه الشركة ٠

مادة ١٥٥١ [لو ادعى احد مالاً معيناً كالروضة مثلاً وصالح على مقدار منها وأبرأ المدعى عليه من دعوى باقيها يكون قد اخذ مقداراً من حقه وترك دعوى باقيها اي اسقط حق دعواه في باقيها] ٠

ولا يشترط ابراء المدعى عليه من باقي الروضة لصحة هذا الصلح لأن الصلح على ما جاء بهذه المادة صحيح سواء وقع الأبراء بالباقي ام لم يقع ٠ وكذا الصلح على غير الروضة المدعى بها او على بعضها صحيح ايضاً لأن عبارة « على مقدار منها » الواردة في هذه المادة ليست بقيد احترازي وقد قصد واضع القانون بعبارة « وابرأ المدعى عليه من دعوى باقيها » الأحتراز من عدم صحة اسقاط الأعيان لأن الأبراء من العين غير صحيح ومن دعوى العين صحيح ٠ ويصح الصلح على مقدار معين من المدعى به مع علاوة مقدار من النقود او العروض كالمصالحة عن دعوى العقار بقسم منه مع نقود ٠ وقد اجتهد البعض من الفقهاء بجواز الصلح عن الأعيان بالوجهين المذكورين اي بالأبراء من الدعوى او بضم شيء من الأعين وقالوا ان الصلح عن الأعيان لا يجوز في غير هاتين الصورتين مثلاً اذا صالح المدعي بالدار المدعى عليه عن قسم منها لا يصح صلحه لأن باقي الدار قد اسقط بهذا الصلح والأعيان لا تسقط لأن الأسقاط منحصر بالديون لا بالأعيان ولأن بعض المدعى به لا يكون عوضاً عن الكل وهذا قول غير ظاهر الرواية ٠ وقال الفقهاء الآخرون بصحة هذا الصلح لأن الأبراء من العين هو ابراء من دعوى العين ٠

ويفهم من عبارة المجلة اختيارها القول الأول وعلى كل فالمسألة تحتاج الى نظر وتأمل ٠

لاحقة

المصالحة بين الورثة على بعض أموال التركة

التخارج ٠ صلح يأخذ به بعض الورثة مالاً من الآخرين بمقابل حصصهم الأرثية وخروجهم من التركة ٠

واذا اعطى بعض الورثة الى الآخرين مالاً واخرجوهم من التركة ينظر فأذا كانت التركة عروضاً وعقاراً فالتخارج صحيح سواء كان المال المتخارج عليه اقل من حصة الوارث او اكثر واذا كانت التركة نقوداً واعطي الوارث نقوداً من غير جنسها صح التخارج ايضاً سواء كان

المدفوع اكثر او اقل من حصة الوارث • واذا كانت التركة ذهباً وفضة واعطى الوارث ذهباً وفضة صح التخارج ايضاً •

واذا كانت التركة ذهباً وفضة وعقارات وعروضاً واعطي الوارث نقوداً اكثر من حصته من جنس النقود المعطاة له صح الصلح والا فلا لأنه يكون اخذ اقل من حصته من النقود وترك حصته من باقي التركة بدون مقابل •

واذا كانت التركة ديوناً وأخرج بعض الورثة بأعطائهم مبلغاً او عرضاً بمقابلها لا يصح التخارج لعدم جواز تمليك الدين لغير من عليه الدين •

ومتى عقد التخارج بين الورثة على ما ذكر يقسم الباقي من الأرث فيما بين الورثة الباقين بينهم على حسب حصصهم الأرثية اذا كان بدل الصلح من التركة واذا كان بدل الصلح من مال الورثة الباقين يقسم الباقي بين الورثة بحسب حصة كل منهم من المال المدفوع الى الوارث الذي صار أخراجه فلو توفي رجل وترك صبيين و بنتاً فأخرج الصبي والبنت الصبي الثاني على مال دفعاه من مال التركة يقتسما التركة بينهما أثلاثاً ، واذا دفعا المال الواقع التخارج عليه من مالهما مناصفة يقتسما التركة بينهما مناصفة • وكذا حكم الموصى له كحكم الوارث في جميع ما ذكر • واذا ظهر للتركة بعد التخارج اعياناً وذمماً لم تدخل في التركة حين التخارج وكانت هذه الأعيان والذمم غير معلومة عند التخارج فلا تعتبر داخلة في التخارج عند بعض الفقهاء وهو القول الراجح وتعتبر داخلة عند البعض الآخر من الفقهاء •

ولا يصح التخارج اذا كانت التركة مديونة ولو قليلاً لأن الدين يمنع الورثة من التصرف في التركة ولو صالح الورثة عن تركة مورثه ثم ظهر في التركة دين فأذا وقع الصلح عن الأعيان فقط دون الديون فلا يفيد وان وقع على جميع التركة فسد كما لو كان الدين ظاهراً وقت الصلح •

***

﴿ الفصل الثاني ﴾

(في بيان الصلح عن الدين اي الطلب وسائر الحقوق)

الدين هو بدل المبيع و بدل الاجارة و بدل المغصوب و بدل التلف و بدل المقروض (انظر الى المادة ١٥٨) .

مادة ١٥٥٢ [اذا صالح احد عن طلبه الذي هو ذمة الآخر على مقدار منه فيكون قد استوفى بعض طلبه واسقط الباقي يعني أبرأ ذمة المديون من الباقي] .

ولا يكون هذا الصلح معاوضة لعدم جواز مبادلة الاكثر بالأقل في الأموال الربوية غالباً ولذا لايشترط قبض بدل الصلح قبل الأفتراق عن المجلس لانه ليس يصرف الا اذا وقع الصلح على غير جنس الدين او كان الدين مؤجلاً ووقع الصلح معجلاً فيكون الصلح مبادلة ويشترط لصحته قبض البدل في المجلس .

ولا يجوز الصلح عن الدين المؤجل بالمعجل ولو على اكثر منه لأن الدائن يكون قد استوفى ما يعادل ما تركه من الدين وهذا حرام وتصح المصالحة عن المعجل بالمؤجل بمثله او بأقل منه لأن الدائن بهذا الصلح يأخذ دون حقه وصفاً ووقتاً .

ولايشترط الأبراء لصحة الصلح ولذا فعبارة أبرأ الواردة في هذه المادة ليست بقيداحترازي فيقع الصلح على ماورد في هذه المادة سواء وقع الأبراء ام لا انما اذا وقع الصلح بدون ابراء تبرأ ذمة المدين قضاءً لا ديانة وللدائن اخذ ماله من المدين عند الظفر به اما لفظ الصلح او ما يقوم مقامه فهو شرط لازم فلو باع المدعي دينه للمدعى عليه بمقابل بدل الصلح لا يجوز .

واذا ادعى المدعي ديناً على المدعى عليه وتصالحا على مبلغ او ادعي المدعى عليه الأداء او الأبراء وتصالحا على مبلغ صح الصلح سواء ذكر الأبراء عن الباقي ام لم يذكر .

ويجوز الصلح عن الاعيان باكثر من قيمتها فيجوز عقد الصلح عن دابة قيمتها عشرة ليرات بدفع عشرين ليرة . اما في النقود فلا ويشترط تعيين بدل الصلح ليعلم قدر المبلغ المتروك ولذا اذا ادعى المدعي بعشرة ليرات ثم تصالح مع المدعى عليه على ليرة واحدة اذا دفعت في آخر الشهر وليرتين اذا دفع المبلغ في آخر الشهر الثاني يكون صلحهما باطلاً لعدم بيان القدر المحطوط .

وهذا ما أراده واضع القانون بعبارة «على مقدار منه» الوارد ذكرها في هذه المادة . واذا وقع الصلح على تمام المدعى به لا يكون صلحاً بل يكون استيفاء حق واذا وقع على اكثر من المدعى به يكون ربا وحراماً .

واذا وقع الصلح مشروطاً بشرط يعتبر الصلح عند القيام بالشرط عند الطرفين و يعتبر الصلح مطلقاً عند ابي يوسف فأذا قال الدائن لمدينه اذا أعطيتني في الغد خمسمائة قرش محسوباً من الألف قرش التي هي لي بذمتك فالباقي لك وتصالحا على ذلك فأذا اعطى المديون خمسمائة قرش لدائنه في اليوم الثاني يكون بريئاً من الباقي عند الطرفين والا فلا لأن المشروط لا يتحقق الا اذا تحقق الشرط اما الأمام ابو يوسف فقد قال بوقوع الأبراء مطلقاً سواء دفع المديون ما شرط دفعه في اليوم الثاني ام لم يدفع . اما لو قال الدائن الى مدينه ابرأتك من خمسمائة قرش من اصل الألف قرش التي هي لي عليك اذا أعطيتني الخمسمائة الثانية في الغد فيكون ذلك ابراء بالأتفاق سواء قام المدين بتعهده ام لم يقم .

مادة ١٥٥٣ [اذا صالح احد على تأجيل وأمهال كل نوع طلبه الذي هو معجل فيكون قد اسقط حق تعجيله] .

وليس له مطالبة المدين قبل حلول الأجل . وكذا اذا كان دينه مؤجلاً واجله مدة زائدة عن مدة تأجيله الأولى على طريق المصالحة فالصلح صحيح . وهذا شرط بتأجيل الدين بجنسه لا بغير الجنس فأذا كان الدين المعجل فضة وصالح على الذهب مؤجلاً لا يصح الصلح سواء كان عن اقرار او عن انكار لأن الدائن لا يستحق الذهب بعقد المداينة ولا يستحقه لمجرد التأجيل والصلح والعقد عقد معاوضة والدراهم لا تباع بالدنانير نسيئة . و كذا اذا كان له الف قرش مؤجلة لا يصح صلحه على خمسمائة قرش معجلة لأن المعجل غير مستحق بعقد المداينة فصار معاوضة والأجل كان حق المديون وقد تركه بمقابل ما حطه عنه من الدين فكان اعتياضاً عن الأجل وهذا حرام . و يسقط الأجل بأسقاط المدين لأنه حقه ولا يقال لهذا الأسقاط مصالحة .

استثناء : اذا كان اصل الدين قرضاً فلا يجوز الصلح بتأجيله .

مادة ١٥٥٤ [اذا صالح احد عن طلبه الذي هو سكة خالصة على ان يأخذ في

بدله سكة مغشوشة فيكون قد اسقط حق طلبه سكة خالصة] . ولا يشترط قبض بدل الصلح في المجلس لأن الصلح ليس بمعاوضة . وكذا تجوز المصالحة عن الفضة بالذهب وعن الذهب بالفضة اذا قبض بدل الصلح في المجلس والا فلا . وكذا الصلح عن المسكوكات الخالصة المعجلة بالمسكوكات المغشوشة المؤجلة صحيح ويكون الدائن قد اسقط حقه من التأجيل ومن السكة الخالصة .

مادة ١٥٥٥ كل حق يمكن للمدعي اذا طلبه ان يحلف خصمه من اجله يجوز له الصلح عنه بناءً عليه [يصح الصلح بأعطاء البدل لأجل الخلاص من اليمين في دعوى الحقوق كدعوى حق الشرب والشفعة والمرور] ووضع الجذوع . مثلاً اذا ادعى احد الشفعة بحق دار اشتراها آخر بجوار داره وتصالح مع المدعى عليه على مبلغ بمقابل تركه دعواه فالصلح صحيح ويستحقه مدعي الشفعة . يستثنى من ذلك صلح الوديع عن وديعة أدعى هلاكها وصالح المدعي على مال من اجلها فهو باطل . ويشترط لصحة هذا الصلح الخلاص من اليمين فأذا صالح المدعى عليه المدعي بعد حلف اليمين لا يعتبر الصلح .

الصلح عن الدعوى بحق الشرب والشفعة والمرور صحيح اما الصلح عن نفس حق الشرب والشفعة والمرور فيه تفضيل ، فالصلح عن نفس حق الشرب وحق المرور صحيح لأنهما حقوق تقبل الأعتياض ويجوز تمليكهما بعوض من آخر كما هو صريح المادتين (١٥٣٣—٢١٦) اما الصلح عن حق الشفعة غير صحيح لأنه حق لا يقبل الأعتياض واذا وقعت المصالحة عليه سقط حق الشفعة مجاناً ويرد الشفيع بدل الصلح الذي قبضه واذا صالح الشفيع المشتري عن بعض المشفوع ينظر فأذا صالحه على حصة شائعة منه بما يصيب تلك الحصة من الثمن المسمى جاز واذا وقع هذا الصلح بعد طلبي المواثبة والتقرير والأشهاد يكون الشفيع اخذ ما اخذه بالشفعة وترك الباقي ولا يكون اخذه هذا شراءً مبتدءاً . واذا كان الشفيع المصالح شفيعاً بنفس المبيع او بحق من حقوقه فللجار اعلان حق طلب الشفعة بالباقي . واذا صالح الشفيع على ذلك قبل الطلبات فيكون صلحه شراءً مبتدءاً ويكون قد سلم الشفعة بكل المبيع وللجار الملاصق طلب الشفعة فيه . ولا يصح صلح الشفيع بأخذ غرفة معينة من الدار المباعة بما يصيبها من الثمن لجهالة حصة هذه

غرفة من الثمن وتبقى شفعته بجميع العقار لأنه لم يعرض عن الشفعة (انظر شرح المادة ١٠٣٤)
اذا صالح الشفيع على ثمن يزيد عن الثمن الذي صار المبيع فيه على المشتري يكون صلحه هذا
براءً مبتدءاً بكل الوجوه .

« الباب الرابع »

(في بيان احكام الصلح والابراء ويشتمل على فصلين)

الفصل الأول

(في بيان المسائل المتعلقة بأحكام الصلح)

حكم الصلح هو ملكية المدعي للمصالح عليه سواء كان المدعى عليه مقراً او منكراً وملكية المدعى عليه للمصالح عنه اذا كان المصالح عنه مالاً يحتمل التمليك والمدعى عليه مقراً بالمصالح عنه واذا كان المصالح عنه شيئاً لا يحتمل التمليك كالقصاص فحكمه براءة المدعى عليه واذا كان المدعى عليه منكراً للمصالح عنه فحكمه براءة المدعى عليه سواء كان محتملاً للتمليك او لا .

مادة ١٥٥٦ [اذا تم الصلح فليس لواحد من الطرفين فقط الرجوع] .

لأن الصلح عقد لازم حتى ان المدعى عليه المنكر لا يكلف لدفع المدعى به اذا أقر به بعد الصلح وللطرفين فسخ بعض الصلح وأقالته كما سيأتي ذلك بشرح المادة (١٥٥٨) وهذا كله اذا تم الصلح كما ورد ذلك في هذه المادة اما اذا لم يتم فلا حكم له حتى ان المدعى عليه اذا ظهر له بعد المصالحة ان لا حق للمدعي بما ادعى به لا يبقى حكم للمصالحة ويسترد المدعى عليه بدل الصلح . وكذا اذا تصالح البائع والمشتري على عيب قديم في المبيع ثم ظهر ان لا عيب فيه او زال العيب بنفسه وبدون علاج يبطل ويرد المشتري بدل الصلح للبائع .

[ويملك المدعي بالصلح بدله ولا يبقى له حق في الدعوى] سواء كان المدعي مقراً او منكراً الا اذا كان المدعي مبطلاً بدعواه فيكون بدل الصلح حراماً عليه الا اذا أعطاه

اياه المدعى عليه بطيب نفسه فيكون هبة . ولا يبقى للمدعي حق بالدعوى الا اذا حصل مايبطل الصلح كاستحقاق البدل .

لذلك اذا ادعى المدعي داراً وصالح على مبلغ لعجزه عن البرهان ثم ظفر بالشهود لا تسمع دعواه و بينته . وكذا اذا ادعى المدعي داراً وصالح عن انكار ثم أقر المدعى عليه بدعوى المدعي لا يبطل حكم الصلح .

وكذا اذا ادعى داراً بأنها موروثة عن والده وصالحه المدعى عليه على دعواه ثم ادعى المدعى عليه بأن بائعه كان اشتراها من والد المدعي لا تسمع دعواه و بينته .

وكذا اذا ادعى المدعي بدين على المدعى عليه و بعد المصالحة ادعى المدعى عليه الأداء او ابراء المدعي له من الدين قبل الصلح لا تسمع دعواه و بينته .

وكذا اذا ادعى المدعي بدين على المدعى عليه و بعد المصالحة ادعى المدعى عليه بأن المدعي كان اقر بأن لا حق له قبله لا تسمع دعواه ولا بينته لأمكان ثبوت حق المدعي بذمته بعدالأقرار .

يستثنى من ذلك صلح الولي والوصي في مال اليتيم عن أنكار المدعى عليه فأن لهما اثبات الدعوى عند الظفر بالشهود ولليتيم الأثبات بعد البلوغ .

وكذا تسمع دعوى الشراء قبل الصلح خلافاً لدعوى الشراء بعد الصلح فأنها لا تسمع للتناقض بناءً عليه اذا ادعى المدعي داراً و بعد ان تصالح مع المدعى عليه على مبلغ اثبت المدعي كونه اشترى الدار من المدعي عليه قبل الصلح تسمع دعواه و بينته و يبطل الصلح .

وكذا اذا ادعى المدعي دابة وصالح المدعى عليه عن انكار ثم ادعى المدعى عليه بأن المدعي اقر بعد الصلح بأنه غير مالك للمدعى به تسمع دعواه و يبطل الصلح لأنه بأقراره هذا زعم بأنه اخذ بدل الصلح بغير حق .

وكذا يبطل الصلح بأقرار المدعي بعد الصلح بأن لا حق له قبل المدعى عليه .

وكذا اذا ضاع الحمل بيد الحمال - الأجير المشترك — وتصالح مع صاحبه على مال ثم وجد الحمل يبطل الصلح و يرجع الحمال بما دفعه .

[وليس للمدعى عليه ايضاً استرداد بدل الصلح منه] .

الا اذا تبين بطلان الصلح كما مر ذلك آنفاً .

مادة ١٥٥٧ [اذا مات احد الطرفين فليس لورثته فسخ صلحه] لأن الوارث يقوم مقام المورث . وكذا الحكم في البيع والقسمة الا اذا كان الصلح بحكم الأجارة ومات احد الطرفين فيجري فيه الخلاف المذكور آنفاً .

مادة ١٥٥٨ [اذا كان الصلح في حكم المعاوضة فللطرفين اذا تراضيا فسخه وأقالته] والمعاوضة هي ان يكون المصالح عنه والمصالح عليه عينان او ان يكون احدهما من الأعيان والآخر من الديون او كانا من الديون المختلفة الجنس او كان الصلح عن مال بمنفعة او عن منفعة بمال او عن منفعة بمنفعة من غير جنسها .

[وان لم يكن في معنى المعاوضة بل كان متضمناً لأسقاط بعض الحقوق فلا يصح نقضه وفسخه اصلاً] .

واذا عقد الصلح بعد الصلح فأذا كان الصلح الأول في معنى المعاوضة يعتبر الصلح الثاني واذا كان الصلح الأول متضمناً اسقاط بعض الحقوق فالصلح الثاني باطل . اما الصلح المتضمن الأسقاط فيكون بالوجوه الآتية :

اولاً — اذا كان المصالح عنه والمصالح عليه ديناً متحد الجنس كالصلح على ستمائة قرش بدلاً من الف قرش .

ثانياً — الصلح عن دعوى مال معين على مقدار منه مع الأبراء من الدعوى بالباقي .

ثالثاً — الصلح عن المعجل بالمؤجل فهو عبارة عن اسقاط التعجيل والصلح عن المسكوكات الخالصة بالمسكوكات المغشوشة .

مادة ١٥٥٩ [اذا عقد الصلح للخلاص من اليمين على أعطاء بدل فيكون المدعي قد اسقط حق خصومته ولا يحلف المدعى عليه بعد] .

ولا يجوز للمدعى عليه ان يشتري منه المدعي اليمين . وكذا لا يجوز الصلح على تحليف المدعي اليمين الواجب حلفه من المدعى عليه .

مادة ١٥٦٠ [اذا تلف كل بدل الصلح او بعضه قبل ان يسلم الى المدعي فأن

كان مما يتعين بالتعيين] كالعروض والعقار والمثليات الموجودة في المجلس المشار اليها [فهو في حكم المضبوط بالاستحقاق فيطلب المدعي كل المصالح عنه او بعضه من المدعى عليه في الصلح الواقع عن أقرار و يرجع المدعي الى دعواه في الصلح الواقع عن انكار او سكوت (راجع مادتي ١٥٤٨ و ١٥٥٠)] .

مثلاً اذا ادعى المدعي داراً بيد المدعى عليه وصالح على دابة معلومة ثم تلفت الدابة قبل التسليم فأذا كان الصلح عن أقرار طلب المدعي الدار واذا كان الصلح عن انكار او سكوت رجع المدعي الى دعواه .

[وان كان بدل الصلح ديناً اي مما يتعين بالتعيين كذا قرشاً لا يتأتى على الصلح خلل و يلزم المدعى عليه اعطاء مثل المقدار الذي تلف للمدعي] .

لأن الدراهم والدنانير لا تتعين بالتعيين ولو أشير اليها . وكذا الحكم بالمثليات الغير المشار اليها والعدديات المتقاربة . ولا فرق بين ان يقع التلف قبل الأفتراق عن المجلس او بعده .

و يبطل الصلح اذا وقع على غير جنس المصالح عليه كالصلح عن الذهب بالفضة اذا تلف المصالح عليه بعد الأفتراق عن المجلس .

خلاصة كتاب الصلح

الصلح عقد يرفع النزاع بالتراضي . و يبطل اذا وقع بالأكراه او بدعوى باطلة .

ركنه الأيجاب والقبول . واذا كان المدعى به معيناً بالتعيين يحتاج الصلح الى القبول ولا يكون اسقاطاً لأن الأسقاط لا يجري في الأعيان . واذا كان اسقاطاً لبعض الحقوق كالصلح على قسم من الدين الثابت في الذمة فلا يحتاج الى القبول و يكفي فيه الأيجاب .

ولا يشترط قبض البدل لتمام الصلح اذا كان المصالح عنه قيمياً او مثلياً والمصالح عليه قيمياً او المصالح عنه ديناً والمصالح عليه بعض الدين المذكور .

و يشترط فيه قبض البدل لتمام الصلح اذا كان المصالح عنه قيمياً والمصالح عليه مثلياً .

و ينعقد الصلح بالتعاطي اذا أعطى المدعى عليه المدعي مالاً لايحق للمدعي قبضه وقبضه المدعي .

تقسيم الصلح

الصلح عن اقرار — اذا وقع الصلح على مال غير المدعى به فهو في حكم البيع كالمصالحة على قيميين او على قيمي ومثلي او على مثليين اذا قبض بدل الصلح في المجلس ·

اذا وقع الصلح بمنفعة عن دعوى مال او بمال عن دعوي منفعة او بمنفعة عن دعوى منفعة من غير جنسها يكون أجارة فيجب فيها معلومية المنفعة بصورة تمنع النزاع ·

اذا وقع الصلح على اقل من جنس المدعى به يكون أبراءً واذا وقع على مقدار المدعي به يكون استيفاء وكلا الوجهين جائز واذا وقع على الأكثر فهو ربا وحرام ·

الصلح عن انكار وعن سكوت — هو معاوضة بحق المدعي وتجري الشفعة بحق العقار المدعى عليه وخلاص من اليمين بحق المدعى عليه ولا تجري الشفعة بالعقار المصالح عليه ·

المصالح — يجب ان يكون عاقلاً ولا يشترط بلوغه فيصح صلح الصبي المأذون فيما هو نافع له او دائر بين النفع والضرر او فيما هو مضر به ضرراً غير بين ولا يصح صلحه فيما يضره ضرراً بيناً · وكذا حكم صلح ولي الصغير فيما هو عائد للصبي وغير متولد عن فعل الولي اما فيما هو متولد من فعل الولي او الوصي فالصلح فيه صحيح ويضمن الولي او الوصي القدر المسقط بالصلح ·

يشترط في المصالح عنه اولاً ان يكون حق المصالح وثانياً في محله ويكون عن دعوى المال او عن دعوى المنفعة او عن دعوى الجناية اءعن دعوى حق الشرب والمرور ·

المصالح عليه بعضاً يلزم الموكل اذا كان صلح الوكيل يتضمن معاوضة اسقاطية كالصلح على مقدار من الدين الثابت بذمة الموكل والصلح عن دم العمد والصلح عن الجناية في ما دون النفس وعن النكاح فالوكيل في ذلك سفير · وكذا اذا كان صلح الوكيل يتضمن معاوضة مالية وأضاف الوكيل الصلح الى موكله ·

ويلزم بعضاً الوكيل اذا أضاف العقد لنفسه في المعاوضات المالية لأن هذا الصلح بحكم البيع وحقوق العقد تعود فيه للعاقد ·

ويلزم بعضاً الفضولي اذا أضاف العقد لنفسه اما اذا أضاف العقد الى المدعى عليه يجري حكم شرح المادة (١٥٤٤) ·

المصالح عليه — مبيع اذا كان عيناً وثمن اذا كان ديناً وأجارة اذا كان منفعة لذلك كل

ما جاز ان يكون مبيعاً او ثمناً يجوز ان يكون مصالحاً عنه لأن الصلح يحمل على العقد الممكن حمله عليه ·

شرائط المصالح عليه — هي ان يكون معلوماً ومقدور التسليم ومعجلاً وان يكون تسليمه غير مضر ·

أنواع الصلح

الصلح عن الدين — اما ان يتضمن الأسقاط وهذا يكون بالصلح عن ما دون حق المصالح كالصلح عن بعض الدين وعلى التأجيل والأمهال وعلى المسكوكات المغشوشة بدلاً من المسكوكات الخالصة · واما ان يتضمن المعاوضة اذا كان المصالح عليه اكثر من حق المدعي وكانت الزيادة من الطرفين ·

الصلح عن الحقوق السائرة — كالصلح عن حق الشرب والمرور والشفعة بأعطاء البدل للخلاص من اليمين صحيح · وكذا الصلح عن نفس حق المرور والشرب صحيح وعن نفس حق الشفعة غير صحيح لأن حق الشفعة لا يقبل الأعتياض خلافاً لحق المرور والشرب ·

أحكام الصلح

الصلح من العقود اللازمة — فالمدعي يملك المصالح عليه والمدعى عليه يملك المصالح عنه أحياناً وتبرأ بعضاً ذمة المدعى عليه بالصلح ·

الصلح الذي يتضمن اسقاط بعض الحقوق لا يفسخ اما الصلح المتضمن المعاوضة يفسخ من الطرفين او من ورثتهما بالتراضي ·

الصلح بعد الصلح صحيح في الصورة الأولى وباطل في الصورة الثانية ·

اذا تلف المصالح عليه قبل التسليم اذا كان معيناً يكون بحكم المضبوط بالأستحقاق واذا كان غير معين لا يختل الصلح بضبطه ·

***

﴿ الفصل الأول ﴾

(في بيان المسائل المتعلقة بأحكام الأبراء)

الأبراء عن الأعيان على وجه الأنشاء باطل وعلى وجه الأخبار صحيح ·

الأبراء باعتبار المتعلق ينقسم الى ثلاثة أقسام · الأول : الأبراء عن دعوى الدين ودعوى العين المضمونة ودعوي العين الأمانة · ودعوى الحق كالشفعة والكفالة وحق المسيل وحق الشرب والخيارات · الثاني : الأبراء عن نفس الدين فجميع ذلك صحيح · الثالث : الأبراء عن نفس العين وهذا نوعان الأول عن العين المضمونة فأذا وقع على طريق الأنشاء كقوله ابرأتك من مالي الفلاني فهذا باطل من حيث الدعوى لأنه يتضمن الأبراء في الحال وهو اسقاط العين والأبراء منها والأبراء من العين باطل ويكون هذا الأبراء صحيحاً من حيث نفي الضمان ويصير المال المغصوب أمانة واذا وقع على طريق الأخبار كقوله فلان بريء مما لي عليه فهو صحيح ويشمل الدين والعين لأن هذا الأبراء هو اخبار عن ابراء موجود لا انشاء · والنوع الثاني ابراء عن العين الأمانة فهو باطل وللمبريء استرداد أمانته ·

مادة ١٥٦١ [أذا قال احد ليس لي مع فلان دعوى ولا نزاع او ليس لي عند فلان حق او فرغت عن دعواي التي هي مع فلان او تركتها او ما بقي لي عنده حق او استوفيت حقي من فلان بالتمام] او لا حق لي قبل فلان او أبرأت فلان من حقي او احللت فلان من مالي عليه او وهبته حقي او تركت دعواي او فوضت امري لآخر او تركت مطلوبي لفلان [فيكون قد أبرأه] ·

ولا يقع الأبراء بقول المبريء : لا أداعي على فلان ولا أخاصمه ولا اريد ان اطلب شيئاً منه او على ما اظن لا حق لي عنده · ويشترط في كل الأحوال ان يكون المبريء عاقلاً وبالغاً كما مر ذلك في المادة (١٥٤١) ·

مادة ١٥٦٢ [اذا أبرأ احد آخر من حق فيسقط حقه بذلك وليس له دعوى بذلك الحق (راجع المادة ٥١)] ·

وليس لورثته اقامة الدعوى والبرهان وليس له ان يتمسك بأقرار المدعى عليه لبطلان الاقرار بعد الأبراء وتسمع دعوى المبرئ بالوكالة والوصايا الا اذا كان الأقرار الى المدعى عليه صادراً بحق مال معلوم فلا تسمع فيه الدعوى بالأصالة او بالوكالة او بالوصايا للتناقض ٠

ويشترط لسقوط الحق بالأبراء اربعة شروط :

الشرط الأول — يجب ان يكون الحق قابلاً للأسقاط كالدين وحق الشفعة وحق المسيل المجرد بدون الرقبة وخيار الشرط وخيار العيب بعد رؤية المبيع ، بناءً عليه اذا ابرأ الدائن ذمة مديونه من الدين او اسقط حق الشفعة وحق المسيل او اسقط اجل الدين يسقط حقه من ذلك ٠

واذا كان الحق غير قابل للأسقاط كحق الرجوع بالهبة وخيار الرؤية قبل الرؤية والاستحقاق بالأجارة وحق الوقف فلا يسقط بالأسقاط فأذا قال الواهب اسقطت حق رجوعي بالهبة او قال تركت حق انتفاعي بالأجارة لا يسقط حق رجوعه ولا تسقط أجارته ٠

وكذا اذا قال الوارث تركت حقي من الأرث لا يبطل حقه ٠ وكذا استحقاق الوقف لا يسقط بالأسقاط فلو قال احد المستحقين بالوقف اسقطت حقي لا يسقط حقه وله بعد ذلك طلب الغلة ٠ وكذا الحكم بتولية الوقف والسكنى بدار الوقف ٠

الشرط الثاني — يجب ان يكون الأبراء مشروعاً فلا يصح الأبراء عن الرشوة ٠

الشرط الثالث — يجب ان لا يكون الأبراء مقيداً بما يفيد الشك كقوله على ما اعلم او على ما اظن او على حسابي ليس لي قبل فلان حق ٠

الشرط الرابع — يجب ان لا يكون الأبراء معلقاً بالشرط ٠ فالأبراء اما ان يكون منجزاً كما ورد في هذه المادة واما ان يكون مقيداً بالشرط وهذا التقييد يكون بأحدى الوجوه الأربعة

الأول قول الدائن لمدينه اذا دفعت نصف مالي عليك في الغد تكون بريئاً من النصف الآخر فأذا دفع المدين هذا النصف في اليوم الثاني برأت ذمته من الدين والا فلا لأن الدائن اذا قبض نصف ماله من الدين في الوقت المتفق عليه يمكنه ان يستفيد من هذا النصف في الأعمال التجارية او ان يتخلص على الأقل من غائلة افلاس المدين وهذا شرط مفيد بحق الدائن فأذا عدم هذا الشرط بطل الأبراء ٠

وكذا اذا قال الدائن لمدينه انت بريئ من نصف مالي عليك من الدين اذا أعطيتني رهناً او كفيلاً على النصف الباقي فيقع الأبراء اذا قام المدين بالشرط والا فلا ٠

الثاني : اذا قال الدائن لمدينه صالحتك على انك اذا لم تعطني نصف ديني عليك في الغد تكون مديوناً بجميع الدين فيقع الأبراء اذا قام المدين بأداء النصف في اليوم الثاني كما وقع التعليق ٠

الثالث : اذا قال الدائن للمدين ابرأتك من نصف ديني على ان تعطيني النصف الآخر في الغد فيقع الأبراء عن النصف سواء دفع المدين النصف الثاني في الغد ام لم يدفع لأن الدائن ذكر الأبراء في اول كلامه مطلقاً ثم ذكر الأداء والأداء لا يصلح ان يكون عوضاً ولا يحتمل بأن يكون شرطاً ولذا فأن اشتراط الأداء مشبوه ومشكوك فيه والبراءة بقيت مطلقة ٠

الرابع : قول الدائن لمدينه اعطني نصف ديني عليك على ان تكون بريئاً من النصف الثاني فهذا الأبراء مطلق ايضاً لأن الأداء لم يكن مقيداً بوقت وهو واجب على المديونين في مطلق الأزمان فلا يكون الأداء مقصوداً في هذا الأبراء ولا يتقيد به ٠

واما ان يكون ابراءً معلقاً وهـذا غير صحيح لأن الأبراء يرد بالرد وهو تمليك من وجه وتعليق التمليكات على الشرط غير صحيح فالأبراء باعتباره غير متوقف على القبول اسقاط والأسقاط معلق على الشرط فينظر فيه الى جهة التمليك ولا يجوز ان يكون معلقاً على الشرط لأن المانع والمقتضي اذا اجتمعا رجح المانع ٠ مثلاً اذا قال الدائن لمدينه في اي وقت وفي اي زمان تعطيني ثمانمائة قرش من الالف قرش التي لي في ذمتك تكون بريئاً من المائتين فلا يبرأ المدين من المائتين قرش ولو دفع الثمانمائة حسب التعليق الا اذا كان التعليق بمعنى الأجارة فأنه يعتبر ويقع عند قيام المدين بالعمل الذي اشترط عليه كمن قال لمدينه اذا رأيت لي عملي الفلاني فأنت بريءٌ مما لي عليك فتبرأ ذمة المدين اذا قام بالعمل المطلوب من الدائن والا فلا ٠

مادة ١٥٦٣ [ليس للأبراء شمول لما بعده] لأن الأبراء فرع ثبوت الحق فأذا لم يثبت الحق لا يصح الأبراء بناءً عليه [أذا أبرأ احد آخر فتسقط حقوقه التي قبل الأبراء وله دعوى حقوقه الحادثة بعد الأبراء] ٠

فأذا ادعى الدائن ديناً بذمة مدينه و بعد ان اثبت مدعاه ادعى المدين ابراء ذمته من الدائن يقبل دفعه و بينته اذا ارخ الأبراء بتاريخ مؤخر والا لا يقبل ٠ واذا كان تاريخ الدين والأبراء واحداً او لم يبين لهما تاريخ او تعين تاريخ احدهما فقط يحكم بالأبراء لأمكان ثبوت الأبراء بعد الدين ولأن الحكم بمقتضي الشهادة بالدين موجب والحكم بالأبراء مسقط واذا

تعارض الموجب والمسقط يعتبر المسقط لأن السقوط يكون بعد الوجوب سواء حكم بالموجب ام لم يحكم . وكذا اذا أبرأ رجل ذمة الآخر من جميع الحقوق والدعاوي ثم ادعى ارثاً قبل المدعى عليه بعد تاريخ الأبراء فلا تسمع دعواه ولو كان لا يعلم بأرثه حين الأبراء ولا يصح الأبراء عن الدين قبل لزومه لأن الأبراء أسقاط بناءً عليه اذا أبرأ الرجل ذمة الآخر من حقوقه الحالية والماضية لا يشمل هذا الأبراء الحقوق المستقبلة لأن الأسقاط فرع الثبوت .

وكذا دعوى ضمان الدرك فأنها تسمع بعد الأبراء لأن الدرك لم يكن موجوداً حين الأبراء ليدخل تحت حكمه .

مادة ١٥٦٤ [اذا أبرأ احد آخر من دعوى متعلقة بخصوصٍ فيكون ابراءً خاصاً ولا تسمع بعد دعواه التي تتعلق بذلك ولكن له دعوى حقه الذي يتعلق بغير ذلك الخصوص مثلاً اذا أبرأ احد خصمه من دعوى دار فلا تسمع دعواه التي تتعلق بتلك الدار بعد الأبراء ولكن تسمع دعواه التي تتعلق بالأراضي والضياع وسائر الأمور] .

مادة ١٥٦٥ [اذا قال احد أبرأت فلاناً من جميع الدعاوى او ليس لي عنده حق أصلاً فيكون أبراءً عاماً وليس له ان يدعي بحق قبل الأبراء حتى لو ادعى حقاً من جهة الكفالة لا تسمع يعني كما لا تسمع دعواه على من أبرأه بقوله انت كنت قبل الأبراء كفيلاً لفلان كذلك لا تسمع دعواه على آخر بقوله انت كنت لمن أبرأته كفيلاً قبل الأبراء (راجع المادة ٦٦٢)] .

ومتى وقع الأبراء عاماً تدخل فيه جميع الحقوق حتى حق الشفعة فأنه يسقط قضاءً لا ديانة لان الشفعة لا تدخل في الأبراء العام ديانة الا اذا كانت مقصودة ولا تدخل الأعيان القائمة في الابراء العام فأذا افترق الزوج من زوجته وابرأ كل منهما ذمة الآخر ابراءً عاماً وكان للزوج في ارض الزوجة زرعاً قائماً فلا يدخل هذا الزرع تحت الابراء .

واذا ادعى حقاً من جهة الكفالة بعد الابراء العام لا تسمع دعواه للتناقض الا اذا كان الحق حادثاً بعد الابراء . وكذا الحكم بثمن المبيع و بدل الاجارة والقرض والوديعة والعارية والغصب والارث والمضاربة والشركة والاراضي والعقارات .

وتسمع الدعوى من المبرئ بالوكالة والوصايا كما مر ذكر ذلك مفصلاً .

مادة ١٥٦٦ [أذا باع احد مالاً وقبض ثمنه وأبرأ المشتري من كافة الدعاوى التي تتعلق بالمبيع والمشتري كذلك أبرأ البائع من كافة الدعاوى التي تتعلق بالثمن المذكور وتعاطيا بينهما وثائق على هذا الوجه ثم استحق المبيع فلا يكون للأبراء تأثير ويسترد المشتري الثمن الذي كان أعطاه للبائع (راجع المادة ٥٢)] .

لان الابراء الواقع ضمن العقد الفاسد فاسد ولان الابراء وقع قبل الاستحقاق فلا يشمله اذ ان الابراء يشمل ما قبله ولا يشمل ما بعده فالمشتري لم يكن مستحقاً للثمن حين الابراء وقد استحقه بأمر حادث تاريخه بعد تاريخ الابراء الا اذا عقد الابراء مستقلاً عن العقد فيشمل هذا الابراء جميع العقود السابقة على تاريخه وما ينتج عنها من الحقوق لان الابراء صحيح على هذا الوجه ولو كان البيع المقدم عليه او الصلح فاسداً لعدم علاقة الابراء في العقد فهو واقع بصورة مستقلة لا علاقة له بعقد سابق عليه .

مادة ١٥٦٧ [يلزم ان يكون المبرأون معلومين ومعينين] سواء كان أبراء اسقاط او ابراء استيفاء لان الابراء من وجه تمليك والمملك يجب ان يكون معلوماً ومعيناً ولا يشترط معلومية الشيء المسقط واذا ابرأ الرجل الآخر من جميع ماله عليه من الحقوق يدخل في هذا الابراء ماهو غير معلوم ايضاً عند المبرئ قضاءً بالاتفاق وديانة عند ابي يوسف وهو القول الراجح .

[بناءً عليه لو قال احد ابرأت كافة مديوني او ليس لي عند احد حق لا يصح ابراؤه] كمن قال قبضت جميع تركة مورثي او كمن قال ان كل شخص مديون لي فهو بريء فلا يكون هذا الكلام ابراءً عاماً او خاصاً بل هو قول مجرد لا يفيد احداً ابداً . لذلك اذا كبر الصغير واثبت رشده واقر بأنه قبض جميع تركة ابيه فهذا الاقرار لا يمنعه مستقبلاً من الادعاء

بحق على الوصي لانه لم يبرأه ابراءً عاماً او خاصاً ٠ وكذا ذو اليد اذا قال عن المال الموجود في يده ان هذا ليس لي حين عدم وجود دعوى بحق ذلك المال فلا يكون قوله هذا ابراء والتناقض انما يمنع صحة الدعوى اذا تضمن ابطال حق على احد ٠

[واما لو قال ابرأت أهالي المحلة الفلانية وكان اهل تلك المحلة معينين وعبارة عن أشخاص معدودين فيصح الأبراء] ٠

مادة ١٥٦٨ [لا يتوقف الأبراء على القبول] لانه اسقاط الا الابراء من بدل السلم فأنه يتوقف على القبول لانه يتضمن ابطال العقد والعقد عائد للطرفين [ولكن يرتد بالرد] لان الابراء من الدين من وجه اسقاط ومن وجه تمليك فكونه اسقاطاً لا يحتاج للقبول وكونه تمليكاً يرد بالرد حتى ان المبرأ اذا رد الابراء ثم قبله يرجح رده لانه سابق و [لأنه أذا أبرأ احد آخر فلا يشترط قبوله ولكن اذا رد الأبراء في ذلك المجلس بقوله لا اقبل فيكون ذلك الأبراء مردوداً يعني لا يبقى له حكم لكن لو رد الأبراء بعد قبوله لا يكون الأبراء مردوداً ٠ وايضاً أذا أبرأ المحال له المحال عليه او الدائن الكفيل ورد له ذلك المحال عليه او الكفيل فلا يكون الأبراء مردوداً] ٠

لان هذا الابراء لا يتضمن التمليك وهو اسقاط محض فلا يحتاج الى قبول ولا يمكن رده ٠ وكذا اذا طلب المديون من دائنه أبراءه فأبرأه بناءً على طلبه ثم رد المدين الأبراء لا يعتبر رده ٠ وكذا اذا ابرأ الدائن مدينه فسكت المدين وتم المجلس ثم رد الأبراء في مجلس آخر لا يعتبر رده ٠ وكذا اذا ابرأ الدائن مدينه المتوفى لا يجوز لوارثه ان يرد هذا الأبراء على قول ٠

مادة ١٥٦٩ [يصح أبراء الميت من دينه] ويستفيد جميع الورثة من هذا الأبراء ويرد من الوارث عند ابي يوسف خلافاً لمحمد ٠ واذا أبرأ الدائن ذمة احد الورثة مما يصيبه من الدين فيقع هذا الأبراء للوارث فقط دون الورثة الباقين ٠ وكذا اذا ابرأ بعض الورثة مديون مورثه واقر له بقبض مورثه دينه منه حال حياته يصرف هذا الاقرار الى حصة الوارث المقر دون الآخرين اذا كانوا منكرين ٠

مادة ١٥٧٠ [اذا أبرأ المريض الذي في مرض موته احد ورثته من دينه او اقر في حال مرضه بأبراء صادر منه لوارثه حال صحته [فلا يكون صحيحاً ونافذاً] ولو كانت التركة غير مستغرقة بالدين [واما لو أبرأ من لم يكن وارثه فيعتبر من ثلث ماله] سواء كان الدين اصالة او كفالة لانه وصية ويصح هذا الأبراء اذا فاق المريض بعده من مرضه ويلزمه . لذلك لا يصح ابراء المريض في مرض الموت وارثه ولا الأقرار له بشيء ولا يجوز له ان يأخذ حوالة بماله على وارثه على آخر ولا يعتبر أقراره بأنه اخذ من وارثه ما كان غصبه منه او ما كان باعه اياه بيعاً فاسداً او ما كان رهنه عنده ولا يجوز اقراره بانه قبض ماله من الدين عند وارثه من كفيله ولا من اجنبي عنه تطوعاً .

ويشترط لعدم صحة الاقرار ان يكون المقر له وارثاً للمقر حين الاقرار فأذا اقر المريض بأنه قبض من ابنته المتوفاة قبله ماله قبلها يعتبر اقراره هذا كالأقرار للاجنبي . الا اذا وقع الاقرار مصدراً بالنفي كقوله لا حق لي قبل فلان فيعتبر قوله قضاءً لا ديانة .

وكذا اذا قال الابن الذي توفيت امه قبل ابيه لا حق لي قبل والدي من متروكات والدتي اصلاً يعتبر قوله هذا ولو كان في مرض الموت لان هذه العبارات وردت على النفي والمقر له يتمسك ببراءة الذمة التي هي الاصل .

اما الأبراء للاجنبي فصحيح ويشمل جميع المال اذا أجازه الورثة الا اذا كان الاجنبي كفيلاً لاحد الورثة وابرئ من ذاك الدين فلا يصح الابراء .

مادة ١٥٧١ [اذا أبرأ من تركة مستغرقة بالدين في مرض موته احد مديونيه فلا يصح ابراوءه ولا ينفذ] الا اذا أجاز الدائنون ذلك لان هذا الابراء وصية والوصية مؤخرة عن الدين ولا عبرة لأجازة الورثة في ذلك لانهم لا يملكون شيئاً في التركة المدينة .

خلاصة كتاب الأبراء

تقسيم الابراء باعتبار الماهية :—

ابراء الاسقاط حط الدين الثابت في ذمة الآخر وتنزيله قسماً او كلاً .

ابراء الاستيفاء الاقرار باستيفاء الحق وهو نوع اقرار .

ابراء الاسقاط انشاء وابراء الاستيفاء اخبار فلا تسمع دعوى كذب الاقرر بالاول وتسمع في الثاني .

الأداء السابق يسترد بعد ابراء الاسقاط ولا يسترد بعد ابراء الاستيفاء لذلك فأبراء الاسقاط اكثر من ابراء الاستيفاء .

بعض الفاظ الأبراء يشمل جميع الحقوق كقول المبريء لا حق لي قبل فلان . و بعضها يشمل الديون كقول المبريء فلان بريء مما لي عليه . و بعضها يشمل الأمانات كقول المبريء فلان بريء مما لي عنده .

الابراء العام قسمان القسم الاول الابراء العام من كافة الحقوق كقوله لا حق لي قبل فلان والثاني الابراء العام من كافة الدعاوي كقوله لا دعوى لي قبل فلان .

الابراء العام نوع حق كقول المبريء لا حق لي عند فلان (وهذا يشمل الأمانات) .

الابراء الخاص قسمان القسم الاول الابراء من مال مخصوص والثاني الابراء من ذات مال مخصوص وهذا الابراء اما ان يكون خاصاً بالدين كقوله ابرأت زيداً من ديني كذا واما ان يكون خاصاً بالعين وهذا غير صحيح واما ان يكون خاصاً من حق خاص كالابراء من حق الشفعة بعد ثبوته .

تقسيم الأبراء باعتبار المتعلق :—

الأبراء اما ان يتعلق بالدعوى واما ان يتعلق بنفس العين وكلاهما صحيح واما ان يتعلق بالعين المضمونة على وجه الانشاء فهذا باطل من حيث الدعوى وصحيح من حيث نفي وصف الضمان واما ان يتعلق بالعين المضمونة على وجه الاخبار واما ان يتعلق بالعين الأمانة وهذا باطل ديانة وصحيح قضاءً واما ان يكون متعلقاً بالحقوق السائرة ..

الحق يسقط بالابراء (١) اذا كان قابلاً للاسقاط (٢) اذا وقع الابراء مشروعًا (٣) اذا وقع لفظ الابراء غير مقيد بقيد يفيد الشك (٤) اذا وقع الابراء غير معلق بالشرط .

الابراء يشمل ما قبله ولا يشمل ما بعده ويجب ان يكون المبرأ معلومًا ومعينًا ، كالابراء الواقع ضمن العقد الفاسد .

الابراء لا يتوقف على القبول لانه من وجه اسقاط و يرد بالرد ولأنه من وجه تمليك .

ابراء المريض في مرض موته وارثه غير صحيح وابراؤه الاجنبي ينفذ من ثلث ماله اذا لم يجزه الوارث ٠

مستثنيات :—

الابراء من بدل الصرف والسلم يحتاج الى القبول لانه يتضمن بطلان العقد ٠ ولا يرد بالرد بعد القبول ٠

اذا ابرأ المحال له المحال عليه والمكفول له الكفيل يقع الابراء ولا يرد بالرد لانه اسقاط محض ٠

اذا ابرأ الدائن مدينه بناءً على طلبه فلا يرد هذا الابراء بالرد ٠

اذا سكت المدين بعد الابراء وانفض المجلس ثم رد الابراء في مجلس آخر فلا يرد الابراء (على قول) ٠

اذا ابرأ الدائن الميت ورد الوارث هذا الابراء فلا يرد على قول ٠

اذا كان الوارث كفيلاً للمدين الاجنبي وابرأ الدائن الاجنبي في مرض موته فلا يعتبر هذا الابراء ٠



الكتاب الثالث عشر

(في الاقرار و يشتمل على اربعة ابواب)

الأقرار ثابت بالكتاب فقد ورد في قوله تعالى (كونوا قوامين بالقسط شهداء ولو على انفسكم) وثابت بالسنة فأن الرسول (صلعم) أمر بأجراء القصاص والحد الشرعي بحق اثنين اقر بما يوجب الحد وثابت بالأجماع فقد اجمع الصحابة على تطبيق الحد والقصاص بحق المقر فتطبيقه بحق المعاملات اولى من القصاص وثابت بالمعقول أيضاً لأن الأقرار وان كان اخباراً دائراً بين الصدق والكذب الا ان العاقل لا يتصور ان يقر بحق نفسه بما هو مضر به وبما ان الأنسان ولي نفسه ولا تهمة في اقراره فالعقل يرجح طرف الصدق و يعتبر الأقرار دليلاً قوياً بحق المقر .

ولا يصح الأقرار بحق الغير لعدم ولاية المقر على غيره لذلك اذا اقر الوارث المعروف بوارث آخر فأقراره يسري عليه دون سائر الورثة ولا يتحقق نسب المقر له بالوارث بناء على هذا الأقرار .

الباب الاول

(في بيان شرائط الأقرار)

مادة ١٥٧٢ [الأقرار] لغةً هو اثبات الشيء المتردد بين الثبوت والجحود واصلاحاً [هو اخبار الأنسان بحق عليه واجب تسليمه لآخر] وبهذا القيد يحترز من الدعوى والشهادة لأن الدعوى هي اخبار الأنسان عن حق له قبل آخر والشهادة هي اخبار الأنسان عن حق لرجل بذمة آخر .

ويجب ان يكون الحق المقر به واجب التسليم بناء عليه لا يعتبر اقرار من اقر بغصب حبة حنطة او حفنة تراب ٠

وقد وردت كلمة الحق مطلقة في هذه المادة وهذه يستفاد منها انشاء الأقرار او اخباره فما يتفرع عن كون الأقرار اخبار هو :

اولاً : الأقرار يشمل الحق المقر به الذي هو من قبيل الاسقاطات وغيرها كالبيع والأجارة والهبة والطلاق والعفو عل القصاص ٠

ثانياً : الاقرار بشمل الدين والعين — كالمال المغصوب — كقول المقر على اوله قبلي فهذا اقرار بالدين الا اذا فسر المقر اقراره بالأمانة كقوله عندي او معي او في بيتي او في كيسي ٠

وقد اختلف الفقهاء بكون الأقرار اخباراً او انشاء فمنهم من قال بأنه اخبار ومنهم من قال بأنه انشاء ومنهم من جمع بين القولين كالتمرتاشي اذ قال بأن الأقرار من وجه اخبار ومن وجه انشاء فأذا قال المقر ان هذا المال لفلان فيكون قد اخبر بملكية المقر له للمقر به في زمان سابق ولا يكون قد ملكه اياه بسبب هذا الأقرار واذا قال المقر (ان ملكي هذا لفلان) فيكون قد انشأ بأقراره هذا ملكاً للمقر له غير موجود فيما سبق وحكم هذا الأقرار كالهبة ٠

اما المسائل المتفرعة عن كون الأقرار اخبار هي :

اولاً : لا يشترط ان يكون المقر به ملك المقر حين الأقرار فيصح للمقر ان يقر بملكه و يجوز له الأقرار بملك غيره لغير المالك فأذا اقر المقر بمال الغير الى آخر ثم تملكه بشراء او هبة وتسليم او ارث فللمقر له اخذه منه فلو كان الأقرار انشاء لكان هبة وهبة الرجل ما لا يملكه لا تصح ٠

وكذا اذا شهد رجل لآخر بمال ادعاه ثم تملك الشاهد المال من غير المشهود له ببيع او هبة وتسليم او ارث يؤمر بتسليمه للمشهود له لأن الشهادة اخبار ٠

ثانياً : اذا اقر المريض في مرض الموت بجميع امواله لأجنبي فالأقرار صحيح على ما جاء في المادة ١٦٠٠ من المجلة ولا يتوقف على اجازة الورثة فلو كان الأقرار تمليكاً في الحال لوجب اعتبار ما يعادل ثلث المال المتروك فقط لأنه بحكم الوصية ٠

ثالثاً : لا يعلق الأقرار بخيار الشرط لأن الأقرار اخبار والخبر متى كان صاحبه صادقاً فيه وجب العمل بمقتضاه سواء رضي المقر ام لم يرض فيقع الأقرار غير مقيد بالخيار الا اذا اقر المقر بالبيع بالخيار فيكون الأقرار صحيحاً بحسب العقد فأذا صدق المقر له الخيار او اثبته المقر لزم

والا فلا لأن الخيار من العوارض يجب فيه التصديق او البيان . وكذا اذا اقر الكفيل بوقوع الكفالة معلقةً بمدة معلومة (قصيرة او طويلة) يعتبر الأقرار والخيار اذا صادقه الدائن او اثبته الكفيل .

رابعًا : يجوز الأقرار بالحصة الشائعة فلو كان الاقرار انشاءً لما جاز ذلك .

خامسًا : الاقرار لا يتوقف على قبول المقر له فلو كان انشاءً وهبة لوجب قبوله وتسليمه .

سادسًا : الاقرار بالخمر للمسلم صحيح و يجب تسليمه فلو كان انشاءً وتمليكاً مبتدأً لما جاز ولما وجب تسليمه .

سابعًا : الاقرار بالطلاق مكرهًا غير صحيح اما انشاء الطلاق مع الاكراه صحيح لان مدلول الأنشاء لا يتخلف والأخبار يحتمل الصدق والكذب ومدلوله يتخلف عنه ووقوع الاكراه دليل على كذب الاقرار .

ثامنًا : اذا أقر المقر بمال لآخر كاذبًا فلا يجوز للمقر له ديانة ان يأخذ المال المقر به جبراً لأن الأقرار اخبار . اما اذا سلم المقر المقر به بطيب نفسه يكون هبةً ابتداءً . لأن الأنشاء هبة وتمليك في الحال خلافًا للاخبار .

تاسعًا : اذا اقر رجل بوقفية ملك رجل آخر معلوم ثم اشتراه من صاحبه يؤاخذ المقر بزعمه واذا غصب الرجل ملك غيره ووقفه لا يعتبر وقفه ولو اشترى المال من مالكه بعد الغصب والوقف لان فعل الغاصب في ملك الغير انشاء فلا يصح الوقف به لانه يجب لصحة الوقف ان يكون المال الموقوف ملك الواقف اما الاقرار بالوقف هو اخبار لا انشاء فلا يحتاج لملكية المقر .

عاشراً : يصح اقرار الزوجة بالنكاح من غير شهود فلو كان الأقرار انشاء لما صح ذلك لان انشاء عقد النكاح يحتاج الى شاهدين .

الحادي عشر : الأقرار لا يكون سبباً للملك فلا تسمع دعوى المقر له بالمقر به بناءً على اقرار المقر .

الثاني عشر : اذا قال المدعي ان هذا المال لي حتى ان المدعى عليه اقر لي به وانكر المدعى عليه دعواه يحلف المدعى عليه بأن المدعي به ليس بملك المدعي ولا يحلف على انه لم يقر به لان الأقرار ليس بسبب للملك .

الثالث عشر : اقرار الصبي المأذون بأن المال الذي بيده لغيره صحيح لأنه اخبار فلو كان انشاءً وهبة لما جاز راجع المادة ٨٥٩ ٠

اما ما يتفرع عن كون الاقرار انشاءً هو :

اولاً : اذا اقر المقر بدابة في يده لغيره يعتبر اقراره هذا بالدابة دون فلوها واذا اثبت المدعي دعواه بالدابة يسري البرهان على الدابة وفلوها لان الاقرار انشاء فلو كان اخبار لسرى على فلو المقر به وزوائده ٠

ثانياً : الاقرار يرد برد المقر له ولا يصح القبول بعد الرد كالهبة فلو كان الاقرار اخباراً لوجب قبول القبول ولو وقع بعد الرد ٠

[و يقال لذلك مِقر و لهذا مُقر له وللحق مقرٌّ به] ٠

و يعتبر اقرار الوكيل ايضاً ولا يقال بأن اقراره لا يدخل تحت تعريف الأقرار الوارد في هذه المادة لأن الوكيل قائم مقام الموكل و كأن الاقرار الصادر منه صادر من الموكل و يعتبر الأقرار بنوعيه عاماً كقول المقر ان جميع ما بيدي من الأموال قليلها و كثيرها الى فلان او خاصاً كقوله ان هذه الدابة او هذا المال المنسوب لي هو لفلان ٠

مادة ١٥٧٣ [يشترط ان يكون المقر عاقلاً بالغاً فلا يصح اقرار الصغير والصغيرة والمجنون والمجنونة والمعتوه والمعتوهة ولا يصح على هؤلاء اقرار اوليائهم واوصيائهم] ٠

لأن الأقرار حجة قاصرة على المقر ٠ وكذا النائم والمغمي عليه لا يصح اقرارهما لانهما بحكم المجنون واذا ادعى بأن الأقرار وقع حال صباوته وادعى المدعى عليه بأن الأقرار وقع حال بلوغه فالقول قول مدعي الصباوة لأنه منكر الضمان واضافة الاقرار الى حال الصباوة مناف للضمان ٠

اما اقرار السكران فأذا كان السكر بالطريق الممنوع يعتبر فيما يتعلق بالمعاملات ولا يعتبر فيما يقبل الرجوع كالحدود الخالصة لله تعالى وان سكر بطريق مباح كشربه مكرها فلا يعتبر مطلقاً لانه كالأغماء ٠ ومنه لو شرب مضطراً او شرب دواءً او شرب ما يتخذ من الحبوب والعسل (مجمع الانهر)

ولا يعتبر اقرار الولي والوصي بحق من هو في ولايتهما الا اذا كان حق الصبي معلق بذمة المدين بمباشرتهما فيعتبر اقرارهما و يضمنا ما اقرا به . كالولي اذا آجر ملك الصغير ثم اقر بقبض الاجرة فأنه يعتبر اقراره ويضمن ما اقر به . وكذا اذا اقر وصي الصغير بأنه قبض واستوفى من اخ الصغير البالغ حصة الصغير الارثية بعد ان اقتسم التركة وانها تلفت في يده بدون تعد ولا تقصير ثم بلغ الصغير لا يجوز له مطالبة اخيه البالغ بحصته من التركة .

[ولكن الصغير المميز المأذون هو في حكم البالغ في الخصوصات التي صحت مأذونيته فيها] كالامور التجارية وما هو من تفرعاتها كالبيع والشراء والوديعة والدين والغصب والعارية لان المأذون في هذه التصرفات كالبالغ وقد اذن بناءً على عقله وادراكه فيعتبر اقرار الصغير المأذون ببيع المال واستيفاء الثمن لان الاقرار اخبار لاانشاء فلو كان انشاءً لكان هبة والصبي المأذون ليس له الهبة . ولا يعتبر اقرار الصغير المأذون بالكفالة والمهر والجناية لانه لا يجوز للولي ان يأذن الصغير بذلك في الاصل لان الكفالة عقد تبرع ابتداءً والمهر هو شراء ما ليس بمال بالمال والجنايات لا تتضمن المبادلة في الاصل .

مادة ١٧٤ [لا يشترط ان يكون المقر له عاقلاً] لأن الأقرار لا يتوقف على القبول [بناءً عليه لو اقر احد بمال للصغير غير المميز] وللمجنون وللرضيع [يصح و يلزمه اعطاء لك المال] و يعتبر الاقرار ولو بين المقر سبباً غير صالح فلو اقر المقر بأنه اشترى مالاً من رضيع وانه مديون له بثمن المبيع او اقر بدين للرضيع صح اقراره ولا يمنع عدم اقتدار الرضيع من هذا القرار لامكان الاقرار بالشراء من وليه او وصيه لان اعمال الكلام اولى من اهماله وتكون اضافة الاقرار الى الصغير مجازاً

ويجوز الأقرار للجنين وهذا يكون بأحدى الصور الآتية : الأولى — بالاقرار المبهم كقوله انا مدين لحمل فلانة بألف قرش دون بيان سبب صالح لهذا الأقرار كالأرث والوصية فهذا الأقرار غير صحيح عند ابي يوسف لأن مطلق الاقرار ينصرف الى سبب التجارة وهو من قبيل الصورة الثالثة وهو القول الراجح خلافاً لمحمد .

الصورة الثانية — الاقرار ببيان سبب صالح وهذا صحيح بالأجماع كقول المقر ان هذا المال الى الجنين الفلاني لأنه موروث له من ابيه او لانه اوصي له فيه من فلان فأذا وقع هذا الاقرار لجنين امرأة ذات الزوج يعتبر اذا ولدته امه بظرف ستة اشهر واذا وقع لجنين امرأة معتدة يعتبر اذا ولدته امه بظرف سنتين والا فلا لأن اقل مدة الحمل ستة اشهر واكثرها سنتان . واذا تولدت الأمرأة توأماً ذكوراً او اناثاً يقسم المقر به بينهما مناصفة سواء كان سبب الأقرار ارثاً او وصية لعدم امكان ترجيح ولد على آخر واذا تولدت بولد وبنت يقسم المقر به بينهما مناصفة في الوصية وثلثان وثلث في الميراث واذا تولد الجنين ميتاً يرد ما وقع الاقرار فيه الى ورثة للمورث او الى ورثة الموصي لانه متى تولد الجنين ميتاً ظهر بأنه لا يستحق شيئاً من المقر به .

الصورة الثالثة — الأقرار ببيان سبب غير صالح كقول المقر ان هذا المال لحمل فلانه لانه اقرضني اياه او باعني اياه فهذا لا يجوز بالاجماع لان الجنين لا يمكنه اجراء مثل هذه العقود وهو في رحم امه ولا يضاف العقد الى الولي والوصي لعدم وجود ولي للجنين فالجنين من وجه اصل فيوصى له ومن وجه تابع للاصل وجزؤ لامه فلا تصح الولاية عليه .

مادة ١٥٧٥ [يشترط في الأقرار رضاء المقر] وان يكون عارياً عن التلجئة والمواضعة [فلا يصح الأقرار الواقع بالجبر والاكراه راجع مادة ١٠٠٦] .

لأن الأقرار اخبار يحتمل الصدق والكذب فيحتمل حال الصدق فيه اذا وقع بالرضاء ويرجح حال الكذب فيه متى وقع بالأكراه لذلك لا يعتبر اقرار المتهم بالسرقة اذا اقر مكرهاً واذا زال الاكراه عاد الخيار الى المكره ان شاء ادعى كذب الأقرار وحلف المقر له عملاً بالمادة ١٥٨٩ وان شاء وافق على اقراره وصدقه .

وكذا الأقرار في التلجئة والمواضعة فأنه غير صحيح فالتلجئة هي اتفاق المقر والمقر له على الأقرار بمال كذباً واذا اختلف المقر والمقر له بوقوع الاقرار صحيحاً او تلجئة ترجح بينة مدعي التلجئة واليمين يمين مدعي الصحة .

مادة ١٥٧٦ [يشترط ان لا يكون المقر محجوراً عليه راجع الفصل الثاني والثالث والرابع من كتاب الحجر] انظر المواد ٩٦٦ و٩٧٨ و٩٧٩ وما يليها .

مادة ١٥٧٧ [يشترط ان يكون ظاهر الحال لا يكذب الأقرار بناء عليه]

١ً [اذا أقر الصغير الذي لم تحمل جثته البلوغ بقوله بلغت فلا يصح اقراره ولا يعتبر] . و يبقى محجوراً عليه ولا يؤخذ بقوله

٢ً : الاقرار بالدين بعد الابراء منه باطل فأذا ابرأ الدائن مدينه من الدين ثم اقر المدين لا يعتبر هذا الاقرار .

٣ً : الاقرار بالمحال العقلي باطل بناءً عليه اذا اقر المقر بدية يد المقر له ثم ظهر ان يدي المقر له سالمتان يبطل هذا الاقرار . وكذا اذا اقر المديون بأنه استقرض من دائنه الف قرش بيوم عرفه من سنة كذا وثبت بأن الدائن توفي قبل التاريخ المذكور فلا يعتبر هذا الاقرار .

٤ً : الاقرار بالمحال الشرعي باطل كاقرار الوارث بحصة زائدة من الارث للوارث الآخر . و يعتبر الاقرار بالمحال الشرعي اذا كان ممكناً كالاقرار للصغير غير المميز بدين او بثمن مبيع فهو صحيح ولو كان الصغير ليس بأهل للقرض والبيع .

٥ً : اذا كان اهل المجلس عالمين بكذب الاقرار كرجل زوج بنته على مهر معلوم و كلفه الحاضرون بأن يقر بقبض المهر فأقر به حسب تكليفهم لا يصح اقراره .

٦ً : الاقرار الى الجنين ببيان سبب غير صالح .

٧ً : اذا اقر المقر ببيع ماله من آخر بدون بيان الثمن ثم انكر البيع يصح انكاره لان البيع بنفي الثمن باطل .

٨ً : اذا اقر المقر الى من هو اكبر منه سناً بأنه ولده فلا يعتبر اقراره .

٩ً : اذا تزوجت الأمرأة على مهر معلوم ثم اقرت بأن المهر لابيها او لاخيها لا يعتبر اقرارها الا اذا كانت مديونة للمقر له واحالته على زوجها .

مادة ١٥٧٨ الجهالة في الاقرار على ثلاثة انواع النوع الاول الجهالة في المقر له لذلك [يشترط ان لا يكون المقر له مجهولاً بجهالة فاحشة] .

لذلك اذا اقر للمقر بدين لم يبين صاحبه لا يعتبر هذا الأقرار لعدم امكان اجبار المقر على

تسمية المقر له اما الحكم في البونو هو غير ما ورد في هذه المادة لأن البونو يدفع الى حامله والحامل يعلم عند ابرازه ․

[واما الجهالة اليسيرة فلا تكون مانعة لصحة الأقرار مثلاً لو اقر احد بأن هذا المال لرجل مشيراً الى المال المعين الذي هو في يده او هذا المال لأحد من اهالي البلدة الفلانية ولم يكن اهالي تلك البلدة معدودين لا يصح اقراره واما لو قال ان هذا المال لأحد هذين الرجلين او لأحد من اهالي المحلة الفلانية وكان اهل المحلة قوماً محصورين فيصح اقراره على تقدير انه اقر على الوجه المشروح وقال ان هذا المال لهذين الرجلين فلهما ان يأخذا ذلك المال من المقر ان اتفقا ويملكانه بعد الأخذ بالأشتراك وان اختلفا فلكل منهما ان يطلب من المقر اليمين بعدم كون المال له فأن نكل المقر عن يمين الأثنين يكون ذلك المال كذلك مشتركاً بينهما وان نكل عن يمين احدهما يكون ذلك المال مستقلاً لمن نكل عن يمينه وان حلف للأثنين يبرأ المقر من دعواهما ويبقى المال المقر به في يده] ․

ويجب وقوع الاقرار الى الأثنين معاً طبقاً لما جاء في هذه المادة اما اذا اقر المقر اولاً لرجل ثم لآخر يقع اقراره الأول واذا سلم المقر المال الى المقر له الأول بدون حكم الحاكم يضمن بدله الى المقر الثاني واذا سلمه الى المقر له الاول بحكم الحاكم فلا يضمنه الى المقر الثاني عند ابي يوسف ويضمنه عند محمد․ واذا قال المقر ان هذه الدنانير هي وديعة زيد عندي ثم قال لا هي وديعة عمرو فتكون الوديعة لزيد ويضمن المقر مثلها الى عمرو لأن الأقرار صح للأول وقوله لا بل وديعة عمرو اضراب عنه ورجوع فلا يقبل قوله في حق الأول ويجب عليه الضمان للثاني لأنه اقر له به وقد اتلفه عليه بأقراره به للأول ․

النوع الثاني الجهالة في المقر به وهذا سيفصل ذلك في المادة ١٥٧٩ ․

النوع الثالث الجهالة في المقر فهي غير صحيحة مطلقاً بناءً عليه اذا قال اثنان ان احدنا مديون لفلان بكذا او قالا له لك عند احدنا كذا لان المحكوم عليه والذي سيؤاخذ بهذا الاقرار

مجهول ولا يمكن تعيينه بتعيين المقر له وكذا اذا قال رجل لآخر لي عندك الف قرش فقال المخاطب نعم (حضر الكيس وخيطه وخذ) او قال المخاطب مستهزءاً ومستخفاً ستقبض عما قريب فلا يكون قد اقر له بشيء بقوله هذا . واذا ادعى المقر بأن اقراره كان استهزاءً وقال المقر له بأنه كان جدياً فلا يصدق من ادعي الهزل بدون البينة ويحلف المقر له بأنه لا يعلم بأن االمقر كان مستهزءاً باقراره .

خلاصة الباب الأول

شروط الاقرار :

يشترط ان لا يكون الاقرار بالتلجئة وان لا يكون مكذباً بظاهر الحال والشرع لذلك فالاقرار بالدين بعد الابراء والاقرار بما هو محال عقلا او شرعا والاقرار للجنين ببيان سبب غير صالح باطل .

يشترط الجد في الاقرار ويشترط ان يكون المقر عاقلاً راضياً ومعيناً .

لا يشترط ان يكون المقر به ملك المقر وقت الاقرار لان الاقرار اخبار وتشترط معلومية المقر به في العقود التي لا تقع مع الجهالة كالبيع والاجارة .

لا يشترط بأن يكون المقر له عاقلاً فيصح الاقرار للصغير غير المميز اما الاقرار للجنين بدون بيان سبب صالح او غير صالح لا يصح عند ابي يوسف والاقرار للجنين ببيان سبب صالح فصحيح والاقرار للجنين ببيان سبب غير صالح لا يصح بالاجماع .

يشترط ان يكون المقر له غير مجهول جهالة فاحشة اما الجهالة اليسيرة فأنها لا تمنع الاقرار .

***

« الباب الثاني »

(في بيان وجوه صحة الأقرار)

١٥٧٩ لا يشترط كون المقر به معلوماً او ممكن التسليم ويشترط ان لا يكون معدوماً بناءً عليه اذا اقر المقر بمجهول او بمطلق فيكون اقراره صحيحاً بناءً عليه [كما يصح الأقرار بالمعلوم كذلك يصح الأقرار بالمجهول ايضاً] وذلك في الامور التي يصح الاقرار بها مع الجهالة كالغصب والوديعة والسرقة لأن بعض الحقوق تجب وهي مجهولة كأتلاف الرجل مالاً لآخر وهو لا يعلم قيمته واعطاء الرجل كيس نقود وديعة لآخر لا يعلم مقداره ومحتوياته ٠

اما الأقرار بالترديد فهو ليس كالأقرار بالمجهول ويجب فيه الاقل فأذا قال المقر انا مدين لفلان بألف او بخمسمائة قرش فيؤاخذ بالألف واذا ادعى المدعي المقر له باكثر من ذلك يطلب منه البرهان ٠ وكذا الأقرار بنفس الملك هو أقرار عام وليس بأقرار بالمجهول ٠ وكذا اذا قال المقر ان هذا الفرس مشترك بيني وبين فلان يكون اقر له بنصفه ولا يكون اقر بالمجهول واذا قال موصولاً مشتركاً أثلاثاً يصدق بقوله ٠

[ولكن كون المقر به مجهولاً في العقود التي لا تكون صحيحة مع الجهالة كالبيع والأجارة مانع لصحة الأقرار] ٠

حتى اذا أقر بالبيع والأجارة وقال اشتريت من فلان واستأجرت من فلان فلا يصح أقراره ولا يجبر للبيان لأن كل تصرف يحتاج تحققه لأعلام وبيان ما يصادفه ذلك التصرف فلا يصح الأقرار به مع الجهالة ٠

[فأذا قال احد لفلان عندي أمانة او سرقت مال فلان او غصبته فيصح أقراره ويجبر على تعيين الأمانة المجهولة او المال المسروق او المغصوب] ٠

ولا يعتبر قول المقر اذا قال بأن الحق حق انساني او حق أمانة او حق جوار او حبة حنطة

او صبي حر سواء عينه موصولاً بالاقرار او مفصولاً عنه لان الشيء الذي لا قيمة له لا يمكن ان يكون واجباً في الذمة ويجب ان يقع الاقرار بشيء واجب في الذمة واذا ادعى المقر له زيادة على ما وقع الأقرار به يكلف لأثبات دعواه والا يحلف المقر اليمين على الزيادة المدعى بها ٠

واذا عين المقر الحق المقر به بالشفعة او بحق الطريق يقبل تعيينه ٠ وكذا الورثة اذا أقروا لزوجة ابيهم بحق وقالوا بأن الحق هو مهر يصدقون بتعيينهم ٠ وكذا اذا أقر المقر بليرات مطلقاً يجبر على تعيين نوعها ٠ واذا توفي المقر قبل تعيين الأقرار تكلف ورثته لتعيين الاقرار ولا يجبرون لأنهم يجهلون المقر به ولأنهم اذا أجبروا يكونون كلفوا لاختيار الكذب وهذا لا يجوز واذا وقع الاقرار مطلقاً كقول المقر « له عليّ مال » وعين بعد ذلك فلا يصدق اذا عين اقل من درهم فضة واذا قال المقر « له عليّ مال عظيم » فلا يصدق اذا بين اقل من نصاب الزكاة اذا كان الاقرار بالذهب والفضة واذا أقر بالسائمة فلا يصدق بأقل من خمسة عشر جمل واذا بين بغير مال الزكاة فلا يصدق بأقل من قيمة الزكاة ٠

[أما لو قال بعت لفلان شيئاً او استأجرت من فلان شيئاً فلا يصح أقراره ولا يجبر على بيان ما باعه او استأجره] ٠

ويجب ان لا يكون المقر به معدوماً انما يجب ان يكون وجوده محتملاً كالاقرار بالحمل في الدابة فأذا تولد الحمل بأقل مدة الحمل يكون الى المقر لأمكان تصحيح هذا الأقرار بالوصية والا فلا ٠ اما اقل مدة الحمل فهي في الغنم اربعة اشهر وفي باقي الحيوانات ستة اشهر ٠ وفي التكملة اقل مدة الحمل في الانسان ستة اشهر وفي الفيل احد عشر شهراً وفي الأبل والخيل والحمير سنة وفي البقر تسعة اشهر وفي الشاة والماعز خمسة اشهر وفي الهر شهرين وفي الكلاب اربعين يوماً وفي الطيور عشرين يوماً ٠

ويجب دفع قيمة المقر به اذا وقع الاقرار بما لا يمكن تسليمه كالاقرار بجذوع من سقف الدار لان الاقرار اخبار لا انشاء اذ لو كان انشاء لوجب بطلانه لان واحدة من جذع السقف وبيعها باطل ٠

مادة ١٥٨٠ [لا يتوقف الأقرار على قبول المقر له] لأن الأقرار من وجه اخبار فأذا أقر المقر بمبلغ وسكت المقر له صح الاقرار واذا أقر المقر لحاضر وجب عليه اقراره وتعذر عليه الرجوع عنه واذا اقر لغائب لا يلزم المقر الاقرار الا اذا قبله المقر له وصدقه واذا اقر لغائب

يجوز له الاقرار بما اقر له به لغيره قبل ان يصل خبر الاقرار الى المقر له الاول لان الاقرار الثاني للحاضر وسكوته رضاء فيه اما الغائب فلا يقال بأنه سكت ورضي قبل ان يصله خبر الاقرار ٠

[ولكن يرتد برده ولا يبقى له حكم] ولا يعتبر التصديق بعد الرد ولا يقبل برهان المقر له بأن المقر مديون له بما اقر به بعد ذلك لان الأقرار من وجه انشاء والرد ممكن في التمليكات المالية كالاقرار وغير ممكن في غيرها اي في غير التمليكات المالية كأبطال الشفعة والطلاق والعتاق ٠ فأذا ادعى المدعي ديناً له على مورث وابرز سنداً موقعاً منه يتضمن اقراره فادعى المدعى عليه الوارث بأن المقر له كان رد هذا الاقرار وعجز عن اثبات دعواه بالبرهان الخطي يحلف المقر له اليمين على هذا الدفع ٠

استثناء : يعتبر رد المقر له اذا كان مبطلاً لحقه ولا يعتبر اذا كان مبطلاً لحق غيره كرد المحال عليه وابراء المحال له ٠

[واذا رد المقر له مقداراً من المقر به فلا يبقى حكم الأقرار في المقدار المردود ويصح الأقرار في المقدار الباقي الذي لم يرده المقر له] ٠

وهذا بخلاف ما لو كذب المشهود له شاهده في بعض ما شهد له به حيث تبطل شهادته لان التكذيب تفسيق والفسق مانع من قبول الشهادة ٠ واذا كان المقر لهما شخصان فقبل احدهما الاقرار ورده الآخر يأخذ الذي قبل نصف ما وقع الأقرار به ٠

مادة ١٥٨١ [اذا اختلف المقر والمقر له في سبب المقر به فلا يكون اختلافهما هذا مانعاً لصحة الأقرار مثلاً لو ادعى احد الفاً من جهة القرض واقر المدعى عليه بألف من جهة ثمن المبيع فلا يكون اختلافهما هذا مانعاً لصحة الأقرار] ٠

لأن الاقرار لا يحتاج لبيان السبب ولان اختلاف السبب بعد حصول المقصود لا يمنع الاقرار والمبيع اما ان يكون معيناً او غير معين ومسلماً او غير مسلم و يتفرع عن ذلك وجوه :

الوجه الاول — ان يقول المقر انا مديون لفلان بعشرة ليرات ثمن الدابة الفلانية التي اشتريتها ولم استلمها فلا يجب على المقر ان يدفع العشرة ليرات الا اذا استلم الدابة بناءً عليه يقال الى المقر له اذا اردت ان تقبض العشرة ليرات فسلم الدابة لان ما ثبت بتصادقهما كالثابت بالمعاينة ٠

الوجه الثاني — ان يقول المقر انا مديون لفلان بعشرة ليرات ثمن الدابة الفلانية التي اشتريتها واستلمتها فيجب على المقر ان يدفع الى المقر له العشرة ليرات ولو قال المقر له ان الفرس التي باعها هي غير الفرس التي اقر بها المقر لان اختلاف السبب لا يمنع الاقرار .

الوجه الثالث — اذا قال المقر له ان الدابة لازالت لي ولم ابعك اياها فلا يلزم المقر شيئاً مما اقر به لان المقر قد اقر بالدين بمقابل ثمن الدابة فأذا لم يتحقق بيعها لا يتحقق الدين سواء كانت الدابة بيد المقر او بيد المقر له واذا كانت بيد المقر يستردها المقر له اذا لم يتحقق البيع .

الوجه الرابع — اذا قال المقر له ان الدابة لي ولم ابعك اياها بل بعتك غيرها فيجري بينهما التحالف لان المقر يريد تسليم المقر له الدابة التي اقر بها والمقر له يمتنع من ذلك ويريد اخذ ثمن الدابة التي يدعي شراءها والمقر ينكر عليه ذلك فوجب تحالفهما واذا حلفا سقط المبلغ عن المقر وبقيت الدابة الى المقر له .

الوجه الخامس — اذا قال المقر انا مديون لك بعشرة ليرات ثمن دابة اشتريتها منك صح أقراره وأذا قال بعد ذلك « التي لم اقبضها » موصولاً او مفصولاً لا يصدق لان الدابة متى كانت غير معينة وغير مسلمة فالمقر يمكنه ان يرفض اي دابة يريد المقر له تسليمه اياها والثمن لا يجب تسليمه الا بعد احضار المبيع واذا كان المبيع غير معين وغير مسلم فهو في حكم المستهلك لذلك فأذا أقر المقر بقبض الثمن يعتبر انه أقر بالمبيع ويعتبر انكاره القبض رجوعاً عن الاقرار .

مادة ١٥٨٢ [طلب الصلح عن مال يكون أقراراً بذلك المال] .

فأذا ادعى المدعي على المدعى عليه بحق وقال له المدعى عليه صالحني على حقك يكون قد اقر بذلك الحق ويكلف المدعي لبيان الحق المدعى به لانه هو الذي قال بهذا الحق مجملاً .

[واما طلب الصلح عن دعوى مال فلا يكون اقراراً بذلك المال فأذا قال احد لآخر لي عليك الف اعطني اياه وقال المدعى عليه صالحني عن المبلغ المذكور بسبعمائة وخمسين فيكون قد اقر بالألف المطلوب ولو كان طلب الصلح لمجرد دفع المنازعة كما اذا قال صالحني عن دعوى هذا الألف بكذا فلا يكون قد اقر بالمبلغ المذكور] .

وكذا طلب الأبراء عن المال وطلب تأخير الدعوى بعد الأقرار اقرار وطلب الأبراء من

الدعوى ليس بأقرار . وكذا طلب تأجيل الدين والادعاء بأدائه للدائن او بهبته له والتصدق به عليه او الادعاء بالأبراء منه او بأحالة غيره به عليه وطلب اخذ كفيل منه على الدين وقول المدعى عليه للمدعي خذه بعد ان ادعى المدعي بدينه على المدعى عليه وقوله قريباً او غداً اعطيك اياه ولا تأخذه مني اليوم او ما عندي ما اعطيك اياه ووقت ادائه لم يحن وكم انت تطالب به وفلان دفعه عني وقوله بعد دعوى المدعي وانا ايضاً لي عليك مبلغ كذا وقوله نعم كل ذلك اقرار بالدين . وكذا اذا قال احد لآخر سكر باب داري او اعطني لجام دابتي هذه فسكر له الباب او اسلمه اللجام يكون قد اقر له بملكه بالدار او بالدابة . وكذا اذا قال احد لآخر لي عليك عشرة ليرات فأجابه المدعى عليه «زنه» او «انتقده» . او قال له انتظر الصراف حيث يحضر الآن ويدفع لك او قال له لم استدن من غيرك فيكون قد اقر له بالمدعى به . وكذلك اذا باع رجل مالاً لآخر وحرر ببيعه سنداً يشعر بأنه باعه بيعاً صحيحاً نافذاً وشهد غيره عليه يكون قد اقر له الشاهد بملكية المبيع بشهادته هذه . اما اذا لم يذكر المدعى عليه مطلوب المدعي بجوابه صراحة ولم يشر اليه بالضمير فلا يكون اقر له بمدعاه كقول المدعى عليه اجل لي او اديت لي او تصدقت به علي او وهبتني اياه او زن او لنتحاسب فلا يكون ذلك اقراراً لعدم انصرافه الى المذكور فكان كلاماً مبتدءاً . وكذا اذا قال لا تقل لفلان باني مديون له بعشرة ليرات فلا يكون ذلك اقراراً منه . وكذا اذا باع رجل مالاً لآخر وحرر ببيعه سنداً وشهد غيره فلا يكون قد اقر له بملكية المبيع بشهادته لأن الأنسان يمكن ان يبيع المال فضولاً . وكذا اذا طالب المدعي المدعى عليه بعشرة ليرات فقال المدعى عليه «اصبر» او «تأخذ قريباً» فلا يكون اقر له بدعواه .

مادة ١٥٨٣ [اذا طلب احد شراء المال الذي في يد شخص آخر] او في يد وكيله [او استئجاره او استعارته او قال هبني اياه او اودعني اياه او قال الآخر خذه وديعة وقبل ذلك فيكون قد اقر بعدم كون المال له] بالاتفاق وبكونه مال المقر له ضمناً على رواية . الا اذا كان مرهوناً وطلبه الراهن من المرتهن للأستئجار فلا يكون بطلبه هذا اقر بملكية المرتهن لذلك كان على جمعية المجلة المحترمة ان تقيد الاستئجار الوارد ذكره في متن هذه المادة بشرط عدم ظهور ملكية المستأجر في المأجور . وكذا الحكم بالعارية والوديعة .

ويجب ان يكون التناقض الوارد في هذه المادة غير قابل للتوفيق اما اذا وفقه طالب

الشراء تسمع دعواه الملك فأذا ساوم رجل آخر على شراء مال ثم ادعى ملكية هذا المال قائلاً بأن هذا المال الى مورثه وان واضع اليد كان وكيلاً عنه بالبيع فساومه ولما لم يتفقا توفي المورث وانحصر ارثه به لذلك فالمال له تسمع دعواه الملك بهذا التوفيق ٠

واذا ادعى الوكيل ملكية موكله في المال المدعى به فأثبت المدعى عليه كون الوكيل ساومه على المبيع في مجلس القاضي تسقط خصومة الوكيل والموكل اما لو اثبت مساومة الوكيل في غير مجلس الحاكم تسقط خصومة الوكيل دون الموكل ٠ وكذا اذا ادعى المدعي ملكية مال فادعى المدعى عليه بان المدعي كان طلب هذا المال بالشراء من غير المدعى عليه تسقط خصومة المدعي ٠

لذلك اذا ساوم الرجل آخر على مال يكون اقر بعدم ملكيته لهذا المال بالاتفاق للتناقض اما طلب شراء المال هو اقرار بملكية ذي اليد عند بعض الفقهاء وليس بأقرار عند البعض الآخر لأن ذا اليد كما يكون مالكاً يكون وكيلاً عن المالك ايضاً وثمرة الخلاف هي ان من طلب من آخر شراء مال لنفسه ليس له ان يدعيه لا بالأصالة ولا بالوكالة ولا بالوصاية بالنظر للقول الاول وله ان يدعيه بالوكالة والوصاية عند أصحاب الثاني ٠ وكذا اذا استأجر رجل من آخر دكاناً ثم ادعاها لولده الصغير تسمع دعواه لأن طلب استئجار الدكان هو اقرار بعدم ملكية الطالب للمأجور انما لا يكون اقراراً بملكية واضع اليد فتصح دعوى طالب الأيجار بملكية المأجور عن غيره ٠ اما المجلة فأنها سكتت عن قبول احدى هاتين الروايتين وترجيحها احداهما ٠

واذا اقر المدعي بملكية المدعى عليه للمدعى به لا تسمع منه دعوى الملك لا لنفسه ولا لغيره للتناقض واذا لم يدل اقراره على ملكية المدعى عليه للمدعى به يكون أقراره هذا مبطلاً لدعواه الملكية لنفسه ولا يمنعه من الادعاء به لغيره واذا كان كلام المدعي لا يفيد اقراراً بملكية المدعى عليه فيجب اعتبار قوله هذا اذا استند الى قرائن الأحوال والا فاليقين لا يزول بالشك ٠

استثناء : اذا كان المال الواقعة المساومة عليه ثوباً ملفوفاً لا يرى ولا تعلم حقيقته فالمساومة عليه لا تكون اقراراً بملكية ذي اليد ٠

واعلم بأن المساومة وطلب الشراء هي أقرار بملكية ذي اليد اذا طلب الشراء ضمناً لا صراحة فأذا اشترى رجل مالاً من آخر وادعاه ابوه عليه واخذه منه بالاستحقاق ثم توفي ابوه وورثه المشتري حصراً يرجع على البائع بالثمن ولا يكلف برد المبيع له اما اذا اقر به واستحق من ابيه ثم توفي ابوه وانحصر ارثه به فيجب عليه رده الى البائع ٠

مادة ١٥٨٤ تعليق الأقرار على الشرط الصالح لحلول الاجل والمعدود من آجال الناس لا يمنع صحة الأقرار والا يمنع لذلك [الأقرار المعلق بالشرط باطل] اذا كان خطر وجوده محتملاً والا فالتعليق على شرط كائن صحيح لأنه تنجيز لا تعليق كالاقرار المعلق على الموت فهو معتبر ولازم في الحال كقول المقر اذا مت فعليَّ لفلان الف قرش لان الموت واقع لا محالة ووقوعه لا بد منه فالتعليق عليه ليس بتعليق بل تنجيز حتى لا ينكره الورثة وهو بمعنى الأشهاد اما التعليق الموصول بمشيئة الله كقول المقر موصولاً بعد الأقرار ان شاء الله باطل وكذا اذا وصل المقر اقراره بعبارة التعليق الموصول بمشيئة الناس كقوله ان شاء فلان — وهو التعليق المستلزم الخطر — باطل ايضاً . اما التعليق بالشرط الكائن كقوله اذا توفيت فالأقرار صحيح .

[ولكن اذا علق بزمان صالح لحلول الأجل في عرف الناس فيحمل على اقرار بالدين المؤجل] فأذا صدق المقر له الاجل او اثبته المقر فبها والا يحلف المقر له على عدم وجود الاجل فأذا نكل ثبت الأجل واذا حلف اليمين يجبر المقر على دفع ما اقر به .

[مثلاً لو قال احد لآخر اذا دخلت المحل الفلاني او قضيت مصلحتي الفلانية] او دخلت داري او هب الهواء او نزل المطر او حكم الله وأراد [فأني مديون لك بكذا يكون اقراره هذا باطلاً ولا يلزمه تأدية المبلغ المذبور] . حتى ولو وصل الى المحل المقصود او قضى مصلحته .

وكذا تعليق الأقرار على مشيئة الملائكة والجن اذا وقع موصولاً سواء قيد المقر الاقرار بهذا القيد باختياره او بدون اختياره .

استثناء : اذا كان المقر به عقداً يقبل التعليق على الخيار كالاقرار بالدين او بالكفالة اقراراً معلقاً على الخيار يعتبر الاقرار ويطالب المقر بما وقع الاقرار به عند انقضاء مدة الخيار فأذا اقر المديون بقوله انا مديون لك بألف قرش ثمناً للمبيع الذي اشتريته منك على ان اكون مخيراً به لمدة عشرة ايام او قال انا مديون لك بألف قرش كفالتي لمدينك فلان بشرط الخيار لي لمدة عشرة ايام لأن اشتراط خيار الشرط صحيح بالبيع والكفالة .

[ولكن اذا قال ان اتى ابتداء الشهر الفلاني او يوم قاسم فأني مديون لك بكذا فيحتمل الأقرار بالدين المؤجل و يلزمه تأدية المبلغ عند حلول ذلك الوقت (راجع المادة ٤٠) .

لأن هذا الوقت يذكر عادة لبيان المدة ولذا يترك المعنى الحقيقي بالنظر للعرف اما اذا لم يصدق المقر له الاجل ولم يثبته المقر يحلف المقر له على عدم التأجيل و يكلف للدفع حالاً .

واذا وقع الاقرار بشرط الخيار يكون صحيحاً والشرط باطلاً كما جاء في المادة (١٥٧٢) فأذا قال المقر انا مديون الى فلان بعشرة ليرات من جهة الدين على ان اكون مخيراً لمدة ثلاثة ايام يعتبر الاقرار دون الشرط لان القصد من الخيار هو الفسخ والاقرار اخبار والاخبار اما ان يكون صدقاً يجب العمل به او كذباً يجب رده ولذا لا يصح فيه الخيار ولا يقال بأن الاقرار يرد بالرد والرد فسخ لان الرد ليس بفسخ للاقرار لان الفسخ هو رفع الشيء بعد الثبوت ورد الاقرار هو عدم ثبوت الاقرار بحسب الاصل لا رفعه بعد الثبوت لان الاقرار يحتمل الصدق والكذب فأذا كذبه المقر له يثبت الكذب به .

مادة ١٥٨٥ [الأقرار بالمشاع صحيح] سواء كان قابلاً للقسمة او غير قابل للقسمة لان الاقرار اخبار لا انشاء لانه لو كان انشاء لوجب عدم اعتباره لان الانشاء هبة وهبة المشاع لا تصح (انظر المادة ١٥٧٢) .

[فأذا اقر احد لآخر بحصة شائعة من ملك العقار الذي في يده كالنصف او الثلث وصدقه المقر له ثم توفي المقر قبل الأفراز والتسليم فلا يكون شيوع المقر به مانعاً لصحة هذا الأقرار] .

وكذا حكم الاقرار بالحصة الشائعة من المنقول .

مادة ١٥٨٦ [اقرار الأخرس بأشارته المعهودة] وكذا أقراره بالكتابة [معتبر] فيعتبر بيعه وأيجاره ورهنه ونكاحه وطلاقه وابراؤه من القصاص بأشارته المعتادة اذا كان يعرفها الحاكم والا فبأشارته المعروفة من اخوانه واهله واقربائه واصدقائه وجيرانه ولا يعتبر اقراره في الحدود — ولو حد القذف —

[ولكن أقرار الناطق بأشارته لا يعتبر] لأن الأشارة تقوم مقام اللفظ عند العجز [مثلاً لو قال احد للناطق هل لفلان عليك كذا دراهم حق فلا يكون قد اقر بذلك الحق اذا خفض رأسه] .

الأقرار بالنسب و بالأقرباء و بالزوجية

يصح الأقرار بالولد : (١) اذا كان الولد في بلد ولادته او في بلد وجوده مجهول النسب واذا كان معلوم النسب في بلد اقراره او في بلد ولادته وثبت نسبه لغير المقر فلا يعتبر الأقرار .

(٢) اذا كان سن الولد مساعداً لان يكون ولداً للمقر بالنسبة الى عمره فيجب ان يكون المقر اكبر من الولد باثنى عشر سنة وستة اشهر واذا كانت المقرة امرأة يجب ان تكون اكبر من الولد بتسع سنوات وستة اشهر .

(٣) اذا صدق الولد المقر اذا كان مميزاً واذا كان غير مميز فلا يحتاج لتصديقه لان غير المميز بمنزلة البهيمة في يد غيره خلافاً للميز لانه في يد نفسه . فأذا تحققت هذه الشروط صح نسب الولد وشارك أولاد المقر بالأرث وليس للمقر ان يرجع بعد ذلك عن أقراره لان النسب لا يبطل بعد الثبوث . وكذا الأقرار بالوالدين (وان عليا) يصح اذا اقترن بالشروط السابقة .

الاقرار بالقرابة التي توجب تحميل النسب على الغير كالأقرار بالاخ والعم والجد و بأبن الابن صحيح فأذا اقر احد اولاد المتوفى لشخص ثالث بأنه اخوه يصح اقراره من حيث المال و يدفع المقر للمقر له من حصته ما يصيبه من الأرث بالنسبة الى حصته ولا يكون المقر له بهذا الاقرار ابناً للمتوفى ومنسوباً لنسبه بسبب هذا الاقرار .

اما الأقرار بالزوجية (١) اذا كانت الامرأة ليست بزوجة ولا معتدة لآخر (٢) اذا كان المقر غير متزوج بامرأة لا يمكن جمعها مع المقر لها بنكاح رجل واحد كأختها (٣) ان لا يكون للمقر اربع نسوة غير المقر لها تحت نكاحه (٤) ان لا تكون المقر لها مجوسية او وثنية .

***

خلاصة الباب الثاني

١ــ الاقرار بالمجهول بالأمور التي يجوز الاقرار بها مع الجهالة كالغصب والوديعة والسرقة صحيح ٠ والأقرار بالترديد ونفي الملك والاشتراك لا يعد أقراراً بالمجهول ٠

٢ــ الاقرار من وجه اخبار فيصح الاقرار بالمشاع ولا يتوقف على قبول المقر له ٠

٣ــ الاقرار من وجه انشاء فيرد بالرد والرد صحيح بحق المقر له لا بحق غيره فلا يتجاوز رده غيره ٠

٤ــ الاختلاف بسبب المقر به لا يمنع صحة الآقرار فالاقرار صحيح والسبب باطل ٠

٥ــ اذا ذكر المقر مطلوب المدعي صراحة او أشار الى مطلوب المدعي بضمير يكون قد اقر الى المدعي والا فلا ٠

٦ــ الاقرار المعلق على الشرط باطل الا اذا كان معلقاً على خيار الشرط فالشرط باطل والاقرار صحيح ٠

اذا وصل المقر اقراره بعبارة ان شاء الله اذا وصل المقر اقراره بعبارة ان شاء فلان	فالأقرار بالأتفاق باطل

اذا علق المقر أقراره بشرط كائن فالأقرار صحيح ٠

اقرار الاخرس بأشارته المعهودة واقراره بالكتابة معتبر وأشارة الناطق لا حكم لها ٠

« الباب الثالث »

(في بيان احكام الأقرار ويشتمل على ثلاثة فصول)

﴿ الفصل الأول ﴾

(في بيان الأحكام العمومية)

مادة ١٥٨٧ [يلزم المرء بأقراره بموجب المادة التاسعة والسبعين] ولو كان الأقرار غير مطابق لنفس الأمر الا اذا كذب شرعاً .

المرء يلزم بأقراره لأن الأقرار اشد أسباب الحكم واقوى من البينة لأن الحكم بالأقرار مقطوع به والحكم بالبينة مظنون به .

ويعتبر الأقرار ولو كان مخالفاً للحقيقة والواقع كما اذا أقر احد مستحق الوقف ان لا حصة ولا حق له في الوقف وان الحصة التي قيل بأنه يستحقها هي الى فلان فيعتبر اقراره ويسقط حقه من الوقف اما لو قال جعلت الغلة المشروطة لي من وقف كذا لفلان او اسقطت حقي منها فلا يسقط حقه ويبقى له الا ان هذا ليس بأقرار وحيث كان المرء مؤاخذاً بأقراره لذلك :

(١) لا يصح الرجوع عن الأقرار كما هو صريح المادة ١٥٨٨ من المجلة .

(٢) اذا أقر الوارث المعروف لوارث آخر يدفع المقر الى المقر له حصته الأرثية باعتباره شريكاً له بالأرث ولا يثبت نسب المقر له الى المتوفى بهذا الأقرار .

(٣) اذا توفي الدائن وترك ولدان فأقر احدهما بأن والده استوفى نصف ماله من الدين وانكر الآخر يقبض المنكر نصف الدين لنفسه ولا يشاركه فيه الآخر .

(٤) اذا تحاسب الدائن والمديون واعطى المديون سنداً لدائنه بما ظهر عليه فيؤاخذ بأقراره ولا يلتفت الى قوله اذا طلب رؤية الحساب تكراراً لأنه لا عذر لمن اقر واذا كان احدطرفي القول اقراراً والطرف الآخر دعوى يرجح فيه طرف الأقرار ويعمل به بلا بينة ويكلف المدعي لأثبات جهة الدعوى لأن الأنسان متى اقر بحق الآخر آخذ به حالاً ومتى ادعى على آخر طلب

منه البرهان لذلك : اذا أقر المديون بالدين المؤجل وصادقه الدائن على التأجيل يكون الدين مؤجلاً والايكون حالاً و يكلف المقر لأثبات التأجيل واذا عجزعن الأثبات يحلف خصمه اليمين فأذا حلف صار الدين حالاً ولذلك فالمدين يمكنه انكار الدين او الأقرار به عند حلول الأجل خوفاً من مطالبة الدائن حالاً الا اذا كان الأقرار بالأجل موصولاً بأصل الأقرار فيصدق المقر بقوله ٠ وكذا اذا قال الدائن لي عند مديني خمسة عشرة ليرة قبضت منها خمسة و بقي لي منها عشر ليرات فقال المدعى عليه ليس لك عليّ شيء اصلاً فكلف المدعي لأثبات دعواه فعجز وحلف المدعى عليه فحلف فللمدعى عليه استرداد الخمس ليرات التي اقر بها المدعي ٠ وكذا اذا قال هذه الدابة لفلان وانا استأجرتها منه فيصدق بأقراره بملكية المالك و يكلف لأثبات الأجارة اذا انكرها المقر له ٠ وكذا اذا قال رجل ان هذا المبلغ لي كنت ودعته عند فلان واستردته منه وانكر عليه الآخر الوديعة فله استرداد المبلغ منه لان المقر اقر له بيده وادعى الوديعة والآخر منكرها وكذا لو قال احد ان هذا المال لي وانت غصبته مني وقال المدعى عليه هو لي و كنت اودعتك اياه واخذته منك فيرد المال حالاً الى المدعي و يكلف المدعى عليه لأثبات دعواه ٠

استثناآت : يستثنى من ذلك اقرار الكفيل بالدين المؤجل فأن القول له بذلك لأن الاجل بالكفالة يثبت بلا شرط فالكفالة المؤجلة هي احد نوعي الكفالة فالأقرار بنوع لا يكون اقراراً بالنوع الثاني (راجع المادة ٦٥٢) ٠

وكذا اذا أقر المديون بدين عليه من النقود المغشوشة وادعى المدعي الدين بالنقود الخالصة فالقول قول المقر لأنه اقر بنوع العملة و يعمل بأقراره ٠

واذا تكرر الأقرار فأما ان يكون مضافاً الى السبب والسبب متحد او مختلف واما ان لا يكون مضافاً الى سبب فأذا كان مضافاً الى سبب متحد يجب على المقر اداء دين واحد فأذا أقر رجل في مجلس بأنه مديون من ثمن فرس مشار اليها الى آخر بألف قرش ثم اقر في المجلس او بغيره الى المقر له بألف من ثمن نفس الفرس فيكون اقر بألف واحدة واذا اختلف السبب يكون اقر بدينين كمن اقر بالف من ثمن فرس و بالف من ثمن برذون الى شخص واحد فيكون مطالباً بالألفين ٠ واذا ما أضيف الأقرار الى سبب فأما ان يحرر سند و يشار اليه واما ان لا يحرر سند فأذا حرر سند واحد واشير اليه ولو مراراً وتكراراً وتعدد الأقرار فلا يجب على المقر الا الاقرار الأول واذا تعدد السند يكون الدين بقدر ما تضمنته الأسناد المقر بها ٠

واذا لم يحرر سنداً بالأقرار ينظر فأذا كان الأقرار الأول بحضور غير الحاكم والثاني بحضور الحاكم يعتبر الدين واحداً واذا كان الأقراران بحضور الحاكم و بمجلسين وادعى الطالب بموجب الأقرارين وادعى المديون بأن الدين واحد فالقول قول المديون واذا كان الاقراران بحضور غير الحاكم واشهد المقر على الأقرار الأول شاهدين وعلى الثاني شاهدين وطالبه المقر له بدينين يأخذهما عند الأمام الأعظم واذا اشهد عليهما او على احدهما اقل من النصاب او نفس الشهود يؤاخذ بدين واحد عند الأمامين في كل الأحوال واذا كان الدينان غير مساويين لبعضهما يطالب المقر بالاكثر .

[ولكن اذا كذب بحكم الحاكم فلا يبقى لأقراره حكم وهو انه]

أولاً : [اذا ظهر مستحق ادعى الشيء الذي اشتراه احد وكان في يده وعند المحاكمة لو قال ذو اليد هذا كان مال فلان وباعني اياه واثبت المستحق دعواه وحكم الحاكم بذلك فيرجع ذو اليد على البائع ويسترد ثمن المبيع منه وان كان قد اقر حين المحاكمة بكون ذلك الشيء مال البائع وانكر دعوى المستحق لأن أقراره كذب بحكم الحاكم ولم يبق له حكم فلا يكون مانعاً للرجوع] .

ثانيًا : اذا باع المشتري المبيع من آخر ثم ظهر عيب قديم فيه وأراد المشتري الثاني اعادة المبيع الى المشتري الأول فانكر المشتري الأول العيب واثبته المدعي المشتري الأخير وحكم برد المبيع في البيع الثاني لخيار العيب يرجع المشتري الأول ايضاً على بائعه بالعيب ولا يلتفت الى أقراره لانه كذب بحكم الحكم .

ثالثًا : اذا انكر الكفيل كفالته واثبتها الدائن وحكم بها رجع الكفيل على المدين واثبت امره له بالكفالة واخذ ما حكم به عليه ولا يلتفت الى انكاره الأول .

رابعًا : اذا أقر الدائن بقبض دينه من جهة وحلف المدين بأنه دفع له محسوبًا من جهة اخرى يعتبر قول المديون وللدائن مطالبته بدينه الذي له عليه من الجهة الأخرى ولا يلتفت الى أقراره بقبض ذلك الدين مثلاً لزيد قبل عمرو الف قرش ثمن فرس والف قرش ثمن برزون فدفع عمرو

الفاً وادعى بأنها ثمن الفرس وقال زيد بأنها ثمن البرزون . لذلك فيعتبر قول الدافع على ما جاء في المادة (١٧٧٥) ولزيد طلب ثمن الفرس ولا يناقض طلبه هذا أقراره الأول .

خامساً : مسألة الشفعة (راجع المادة ٧٩) .

مادة ١٥٨٨ [لا يصح الرجوع عن الأقرار في حقوق العباد وهو انه اذا اقر احد لآخر بقوله لفلان علي كذا ديناً ثم رجع عن أقراره فلا يعتبر رجوعه و يلزم بأقراره] .

لأن الأقرار ملزم للمقر وقد تعين حق المقر له به فأذا رجع المقر بأقراره يكون ناقض قوله الأول والتناقض لا يعتبر وقد تعين حق المقر له بالأقرار ومن سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه . و يصح الرجوع عن الأقرار في حقوق الله فأذا قال المقر انا سرقت او زنيت ثم رجع عن أقراره يقبل منه هذا الرجوع لأن الحدود تدرأ بالشبهات .

واذا أقر المقر بمجهول ثم بين وفسر قيمة المجهول بغير قيمته لا يقبل منه هذا التفسير و يجبر على تفسير ما اقر به بشيء من قيمته .

و كذا اذا أقر الوارث بأن والده اوصى بثلث ماله الى زيد او الى عمرو او الى بكر يكون اقر بثلث المال الى زيد لأنه عندما اقر لزيد اثبت هذا الحق له فلا يعتبر رجوعه بعد ذلك .

وكذا اذا قال المقر علي لزيد الف قرش ثم قال لا خمسمائة فيعتبر اقراره بالألف .

وكذا اذا أقر المقر لآخر بألف قرش ثم قال ثمن الجيفة او الانسان الحر فيكلف بدفع المبلغ ولا يعتبر رجوعه الا اذا أثبت دعواه بالبينة او صدقه المقر سواء ذكر السبب موصولاً اومفصولاً عند الأمام اما الأمامان فقد اعتبرا الأقرار اذا ذكر السبب مفصولاً والا يعتبر الأقرار والسبب .

وكذا اذا قال المقر اننا قد اغتصبنا من فلان عشرة ليرات وكنا عشرة أشخاص وادعى المدعي بأن المقر هو الغاصب فيلزم بجميع المبلغ الا اذا صدقه المقر له او أقام المقر البينة على قوله الأخير . اما الأمام زفر فقد قال بتضمين المقر عشر المبلغ فقط . واذا قال نحن كنا عشرة أشخاص واغتصبنا مال فلان فيطالب المقر بحصته على نسبة عدد رؤس الأشخاص .

اما الاستثناء من الأقرار فليس برجوع فأذا قال المقر علي لفلان الف قرش الا مائة يعتبر اقراره بتسعمائة قرش فقط .

ويشترط بالاستثناء ان يكون المستثنى متصلاً بالمستثنى منه الا لضرورة النفس والسعال فيعتبر فيها المفصول موصولاً ويبطل الاستثناء اذا كان منفصلاً خلافاً لابن عباس رضي الله عنه فقد قال بصحة الاستثناء المفصول ولو بعد سنة .

ولا يمنع النداء اذا دخل بين الاستثناء والمستثني لأن النداء تنبيه وتأكيد كقول المقر « لك علي الف درهم يا فلان الا عشرة » .

ويصح الاستثناء مع النداء سواء كان النداء مفرداً او جمعاً او مضافاً كقول يا ابن فلان وسواء كان المنادى المقر له او غيره اما الأشهاد والتسبيح فأنه يمنع صحة الاستثناء كقول المقر « لك علي الف قرش فاشهدوا الا كذا » لأن الأشهاد وقع بعد تمام الأقرار فيكون الاستثناء منفصلاً عن المستثنى منه ورجوعاً عن الأقرار .

ويشترط بالاستثناء ان يكون بعض المستثنى منه لذلك فالاستثناء المستغرق — اي استثناء الكل — باطل لأن الاستثناء هو التكلم بالباقي . فأذا كان الباقي غير موجود يكون الاستثناء باطلاً سواء كان الاستثناء موصولاً او مفصولاً ولو كان الاستثناء بحق عقد قابل للرجوع كالوصية لأن استثناء الكل استثناء فاسد فأذا قال المقر ما في هـذا الكيس لفلان الا الفاً ينظر فأذا كان ما في الكيس الف قرش فقط يكون الاستثناء باطلاً واذا كان ما فيه اكثر من ذلك يعتبر الأقرار بحق ما زاد عن الألف .

وكذا اذا أقر بشيئين ثم استثنى تمام احدهما وبعض الآخر يبطل الاستثناء بكليهما فأذا قال علي لفلان مد حنطة ومد شعير الا مد حنطة ونصف مد شعير فلا يعتبر هذا الاستثناء عند الأمام لأن الاستثناء المستغرق بالحنطة لغو وباطل والاستثناء بالشعير مفصول عن المقر به وباطل الا اذا قدم الاستثناء غير المستغرق بالشعير فيعتبر الاستثناء بذلك فقط بحق الشعير بالأتفاق وهذا كله اذا كان الاستثناء بلفظ الصدر او بما يساويه كقوله نسائي طوالق الا نسائي او نسائي طوالق الا زوجاتي وعبيدي احراراً الا مماليكي فأن الاستثناء في كل ذلك غير صحيح ويعتبر الاستثناء اذا كان بغير لفظ الصدر كقوله عبيدي أحرار الا هؤلاء او عبيدي أحرار الا سالماً وراشداً وغانماً أو قال ثلث مالي لزيد الا الفاً يعتبر الاستثناء ولو كان العبيد هم نفس المشار اليهم او سالم وراشد وغانم فقط او كان ثلث ماله الف قرش او اقل من ذلك . وكذا قوله له علي عشرة دراهم الا ديناراً فيعتبر استثناؤه ولو كان الدينار يساوي العشرة دراهم اواكثر منها .

ويشترط بالاستثناء ان لا يكون المستثني منه متناولاً لفظاً للمستثنى فلا يستثنى الوصف من المستثني ولا يصح استثناء البناء من الدار لأن البناء داخل تبعاً في الدار وهو وصف فلا يستثنى لأن الاستثناء امر لفظي ولفظ الدار لا يتناول البناء اصالة بل تبعاً لذلك اذا أقر رجل لآخر بدار واستثنى البناء فيكون البناء والدار للمقر له لأن المقر عندما قال ان هذا الدار لي يكون قد ادعاها لنفسه ثم لما قال بأن الأرض لفلان يكون قد اقر بالبناء تبعاً للأرض اما اذا قال ان البناء لي والعرصة لفلان يعتبر أقراره فكأنه قال ان بياض هذه الأرض دون البناء لفلان ٠

ولا يصدق المقر في حق غيره فأذا قال الرجل بأن بناء هذه الدار لزيد والأرض لعمرو يعتبر قوله لعدم امكان رجوع المقر عن أقراره في حق الغير ٠

ويجوز استثناء البيت من الدار لأن البيت اسم لجزء من الدار مشتمل على ارض وبناء فيصح استثناؤه باعتبار ما فيه من الأصل وهو الأرض فكان متناولاً له لفظ الدار والاستثناء أخراج لما تناوله لفظ المستثنى منه ولا يضر كون البناء جزءاً من مسمى البيت مع انه وصف من الدار لأنه لم يستثن الوصف منفرداً بل قائماً بالأصل الذي هو الأرض ٠

ويشترط بالاستثناء ان يكون المستثنى من جنس المستثنى منه صورة ومعنى فيجوز استثناء بعض المقدرات بما هو من جنسها كقوله له علي الف مد حنطة الامدين ويجوز استثناء الدراهم والدنانير من المقدرات لأن الكيلي والوزني والدراهم والدنانير كلها مقدرات تثبت في الذمة ولا يعتبر الاستثناء اذا كان من غير جنس المستثنى منه ولو معنى كقوله له علي الف درهم الا ثوباً ٠

ويعتبر استثناء الحصة الشائعة سواء كانت قابلة للقسمة ام لا كقوله هذا الفرس لفلان الا ثلثه فيعتبر الأقرار بالثلثين فقط ٠

ويجوز ان يكون المستثنى اكثر من الباقي فيستثنى ثمانين او تسعين في المائة او اكثر من ذلك مما وقع الأقرار به ٠ بناءً عليه اذا قال الرجل لزوجته انت طالق ست تطليقات الا اربعاً يعتبر هذا الاستثناء وتكون الزوجة طالقاً طلاقين فقط وان كانت الطلقات الست لاصحة لها من حيث الحكم لأن الطلاق لا يزيد على الثلاث ٠

واذا كان المستثنى عن دين بينهما حرف شك يعتبر الأقل على رواية والاكثر على رواية اخرى فأذا قال « له علي الف درهم الا مائة او خمسين درهماً » يعتبر الأقرار بتسعمائة وخمسين لأن خروج المائة من الأقرار مشكوك وخروج الخمسين متيقن ٠

واذا كان المستثنى مجهولاً يثبت الاكثر كقوله « له علي مائة درهم الا شيئاً او الا بعضاً او الا قليلاً » يجب عليه احدي وخمسين درهماً لأن الشك اذا حصل في المخرج يحكم بخروج الأقل والأقل هو ما دون النصف ٠

مادة ١٥٨٩ [اذا ادعى احد بكونه كاذباً في أقراره الذي وقع فيحلف المقر له على عدم كون المقر كاذباً] سواء كان الحق المقر به ديناً او غير الدين كالأرث والقياس هو عدم التحليف لأن المرء مؤاخذ بأقراره فلا تسمع دعوى كذب الأقرار عند الطرفين اما الأمام ابو يوسف فقد قال بجريان التعامل بأعطاء السند اولاً واخذ المال بعد ذلك وحيث يجوز للدائن ان يأخذ السند ولا يدفع الدين فيحلف على عدم كذب الأقرار اذا طلب المقر ذلك لأننا اذا كنا لم نحلف المقر له نكون اوجبنا على المقر ضرراً لا يقبل التلافي وهو اخذ ماله منه بغير حق أما لو حلفنا المقر له فيحلف اذا كان محقاً بدعواه والا ينكل عن يمين فاجرة ويبقى الحق لصاحبه ٠ ويجوز لوارث المقر ان يطلب تحليف المقر له بتاتاً ٠ وكذا للمقر تحليف وارث المقر له على عدم العلم ٠ لأن دعوى كذب الأقرار لا تثبت بعد الحكم مطلقاً ٠ اما دعوى الرجوع بعد الأقرار فهي ليست كدعوى الكذب بالأقرار لأن دعوى كذب الأقرار هي رد الأقرار الصادر من المقر لا رجوع عنه وقد ورد في كتب الفقه بأن دعوى كذب الأقرار يمكن اثباتها بالبينة وعندي اي هذه الدعوى لا تثبت الا بسند لأنها دعوى ضد سند على ما جاء بأصول المحاكمات الحقوقية فلا تسمع فيها البينة على أثبات أقرار شفاهي وقع بحضور غير الحاكم ٠ (انظر المادة ٨٠و٦٩ من قانون اصول المحاكمات الحقوقية والمادة ٢٤ من قانون اصول المحاكمات الشرعية ٠

وللمدعي اقامة البينة على أداء المبلغ الي المدعى عليه مدعي كذب الأقرار وله تحليفه اليمين على عدم القبض ٠

[مثلاً أذا أعطى احد سنداً لآخر محرر فيه انه قد استقرض كذا دراهم من فلان ثم قال وان كنت أعطيت هذا السند لكنني ما اخذت المبلغ المذكور منه فيحلف المقر له له بعدم كون المقر كاذباً في أقراره هذا] ٠

فأذا حلف اخذ المقر به والا ردت دعواه ٠ وكذا اذا أعطي المدعى عليه سنداً بعشرة ليرات

ثم ادعى بأن خمس ليرات منها هي دين عليه والخمسة الباقية ربا يحلف المدعي على ان جميع المبلغ المدعى به دين شرعي ثابت بذمة المدين ٠

وكذا أذا اقر المودع بأخذ وديعة بسند ثم ادعى كذب اقراره تسمع دعواه٠ وتسمع دعوى المبرأ بأبراء الأستيفاء بكذب الأقرار لذلك اذا باعت الزوجة دارها لزوجها بمبلغ بحضور الحاكم وحررت بذلك سنداً اقرت به بقبض ثمن المبيع ثم ادعت بكذب الأقرار تسمع دعواها ويحلف الزوج على عدم كذب الأقرار ٠ وكذا اذا أقر المشتري بحضور شهود بأنه رأى المبيع واعطى سنداً بذلك ثم ادعى كذب الأقرار فله تحليف البائع ٠

ويطلب التحليف على عدم الكذب بالأقرار بعد الأبراء العام اذا كان دفعاً للزوم المال مثلاً اذا أقرت امرأة حال حياتها لأبنتها بمبلغ معين ثم أبرأت ذمتها أبراءً عاماً ثم توفيت المقرة وادعى الوصي بأنها كانت كاذبة بأقرارها فيحلف المقر لها ولا يمنع الأبراء العام التحليف ٠

اما اذا أعطى المقر المقر به الى المقر له ثم أبرأه أبراءً عاماً ثم ادعى كذب الأقرار لا تسمع دعواه لأنه يريد استرداد ما دفعه خلافاً للمسألة الأولى فأن الوصي يريد بها عدم الدفع لاسترداد ما دفع ٠ وكذا اذا أعطى رجل سند دين ذكر فيه انه أبرأ دائنه فيما عدا الدين تسمع منه دعوى كذب الأقرار ٠

مادة ١٥٩٠ [اذا أقر أحد لآخر بقوله لك في ذمتي كذا دراهم طلب وقال الآخر هذا الطلب ليس لي وانما هو لفلان وصدقه ذلك فيكون ذلك الطلب له ولكن يكون حق قبضه للمقر له الأول يعني لا يجبر المديون على أداء المقر به للمقر له الثاني اذاطالبه وأذا أعطى المدين المقر به للمقرله الثاني برضاه فتبرأ ذمته وليس للمقر له الأول ان يطالبه به] ٠

ويكون المقر له الأول كوكيل للمقر له الثاني وله القبض لأن حقوق العقد تعود الى العاقد وتبرأ ذمة المديون من الدين اذا دفعه الى المقر له الثاني واذا قال المقر له الأول ان الدين الذي لي بذمتك هو ليس لي بل الى فلان فيكون قد وهبه له ولا يجبر على دفعه وتسليمه الى الموهوب له ما لم يسلطه على قبضه ويقبضه الموهوب له حسب التوكيل ٠

﴿ الفصل الثاني ﴾

(في بيان نفي الملك والأسم المستعار)

نفي الملك جار بالمنقول وغير المنقول وغير جار في الأراضي الأميرية والمسقفات والمستغلات الموقوفة . فأذا أقر المتصرف بأرض اميرية مقيدة عليه بدائرة التمليك او اقر بدكان جارية بتصرفه بالأجارتين من جهة وقف بأذن متوليه بأنها الى فلان فلا يكون المقر له متصرفاً بالأرض والدكان بمجرد هذا الأقرار لأن الأقرار من وجه انشاء والانشاء في ذلك فراغ فلا بد فيه من اذن صاحب الأرض ومتولي الوقف .

ويشترط في الأقرار ان لا يكون مكذباً بظاهر الحال فلا يسمع أقرار الزوجة بأن مهرها الثابت بذمة زوجها الى ابيها ولا يسمع أقرار المقر المتصرف في الأراضي الأميرية والموقوفة لغيره لأن مأمور الأراضي ومتولي الوقف قد اذنا الى المتصرف بتصرفه لا الى المقر له وظاهر الحال مكذب للأقرار ويعتبر أقرار المقر اذا قال ان الدكان الموقوفة الفلانية الجارية بتصرفي هي الى فلان لأنه كان وكلني بتفرغها وتفرغتها بأذن المتولي كما جاء ذلك مفصلاً بشرح المادة ١٤٨٥

ملاحظة — ان الفقرة الموقتة من المادة الرابعة من قانون التصرف في الأموال غير المنقولة امرت بلزوم مراجعة الطرفين المتواضعين دوائر التمليك وقيد الأراضي والأملاك المقيدة على احدهما بطريق المواضعة على اسم الآخر بظرف سنتين كاملتين وان لا تسمع لمدعي المواطئة دعوى اذا مضت المدة المذكورة اعتباراً من تاريخ قانون التصرف بالأموال الغير المنقولة بدون عذر مشروع .

مادة ١٥٩١ [المتصرف اذا أضاف المقر به الى نفسه في أقراره فيكون قد وهبه للمقر له ولا يتم ما لم يكن هناك تسليم وقبض] .

لأن هذا الأقرار بأضافته الملك للنفس هو انشاء لا اخبار ومال الأنسان لا يكون له ولغيره في وقت واحد اما الاقرار بأضافة الملك الى النسبة أخبار فلا يحتاج الى القبض كقول المقر ان ما في منزلي او ما في غرفتي من المال هو الى فلان ويدخل في هذا الدواب التي تبيت ليلاً في الدار وتخرج نهاراً الى المرعى .

[وان لم يضفه الى نفسه يكون قد نفى الملك عن المقر به واقر بكونه ملكاً للمقر قبل الأقرار] ويأمر الحاكم حالاً بتسليم الأشياء المقر بها الى المقر له وللمقر له اخذها قضاءً لا ديانة ما لم تكن هذه الأموال ملكه في الحقيقة وقد انتقلت له ببيع او ارث او هبة وتسليم لأن الأقرار الكاذب لا يجعل المقر له مالكاً للمقر به ديانة فأذا أقر الرجل بأن جميع ما في داره من الأشياء هي الى زوجته وكانت تلك الأشياء له لا لزوجته لا يعمل بأقراره هذا ديانة لأن الأقرار اخبار لا انشاء ٠

[مثلاً لو قال احد ان كافة أموالي وأشيائي التي في يدي هي لفلان وليس لي فيها علاقة يكون حينئذ قد وهب جميع أمواله وأشيائه لذلك و يلزم التسليم والقبض] لأن الأقرار لا يكون سبباً للملك مادة ١٦٢٨ [وان قال ان كافة الأموال والأشياء التي نسبت الي ، ما عدا ثيابي التي علي ، هي لفلان وليس لي فيها علاقة يكون قد نفى ملكه عن كافة الأموال والأشياء المنسوبة اليه يعني التي قيل أنها له ماعدا ثيابه التي عليه واقر بكونها لذلك] ولا يكون الاقرار على هذا الوجه أقراراً بالمجهول وتقبل فيه الدعوى والشهادة على سبيل العموم ولو كان الشاهد لا يعرف عدد الأشياء المقر بها ٠

[ولكن لو ملك أشياءً بعد أقراره هذا لا يكون أقراره هذا شاملاً لتلك الأشياء] واذا اختلف المقر والمقر له بكون تلك الأشياء موجودة عند الأقرار او امتلكت بعد الأقرار فالقول قول المقر والبينة للمقر له ٠

[كذلك لو قال ان كافة أموالي وأشيائي التي في دكاني هذا هي لأبني الكبير وليس لي فيها علاقة يكون قد وهب في ذلك الوقت جميع أشيائه وأمواله التي هي في الدكان لأبنه الكبير ولذلك يلزم التسليم]

اما لو اقر لأبنه الصغير على ما جاء في هذا المثال يكون قد وهبه ذلك وفقاً للمادة (٨٥١) والهبة للصغير من وليه لا تحتاج الى التسليم ولا فرق بينها و بين نفي الملك ٠

[وان قال ان جميع هذه الأشياء والأموال التي هي في دكاتي هذا لأبني الكبير فلان وليس لي فيها علاقة يكون حينئذ قد نفى الملك عن نفسه واثبته لأبنه الكبير بأقراره عن جميع الأموال والأشياء الموجودة في ذلك الحانوت ولكن لو وضع بعد ذلك أشياء اخرى في ذلك الدكان لا يكون أقراره هذا شاملاً لتلك الأشياء]

ولا يعتبر قوله دكاني مانعاً لاعتبار الأقرار اخبار لأن الأضافة هنا اضافة نسبة لااضافة ملك.

[وكذلك لو قال احد ان حانوتي الذي هو في المحل الفلاني هو لزوجتي يكون قد وهبه لها ويلزم التسليم وان قال ان الدكان الفلاني الذي نسب الي هو لزوجتي يكون ذلك الحانوت لزوجته قبل الأقرار ويكون قد اقر بأن الدكان ليس بملكه].

مادة ١٥٩٢ [اذا قال احد في حق الدكان الذي هو في يده وتصرفه بسند انه ملك فلان وليس لي فيه علاقة والأسم المحرر في الوثيقة هو مستعار او قال في حق دكان مملوك اشتراه من آخر انني كنت قد اشتريته لفلان والدراهم التي أعطيتها ثمناً هي ماله ايضاً والأسم المحرر في السند قيد مستعاراً يكون قد أقر بأن الدكان ملك ذلك في نفس الأمر].

واعلم بأن المقر اما ان يقول ان هذه الدكان لفلان واما ان يقول ان هذه الدكان لفلان لا علاقة لي بها واما ان يقول ان هذه الدكان لفلان لا علاقة لي بها واسمي في سندها مستعار كل ذلك أقرار ينطبق على ما جاء في هذه المادة. اما اذا قال ان دكاني هذه لفلان واسمي بسندها مستعار فيكون اقراره منطبقاً على ما سيأتي في المادة (١٥٩٣).

مادة ١٥٩٣ [اذا قال احد ان الدين الذي هو في ذمة فلان بموجب سند وهو كذا قرشاً وان كان قد تحرر بأسمي الا انه هو لفلان واسمي الذي تحرر في السند هو مستعار فيكون فد اقر بأن المبلغ المذكور في نفس الأمر هو حق لذلك].

وكذا الحكم بالوديعة والأقرار بها فحق قبضها للمقر . وكذا الوكيل اذا باع المبيع بالوكالة كان القبض له دون الموكل وللمقر قبض المقر به وتسليمه للمقر له واذا سلم المديون الدين والوديع الوديعة الى المقر برئت ذمته .

ويكون الأقرار على ما جاء في هذه المادة بأحدى الصور الوارد ذكرها في المادة السابقة فلو قال الدائن ان الدين الذي بذمة فلان هو لفلان او قال ان الدين الذي بذمة فلان هو لفلان واسمي بالسند مستعار او قال ان الدين الذي بذمة فلان هو لفلان واسمى بالسندمستعار ولا حق لي به يكون قد اقر له بذلك ولو كان المقر هو الذي اقرض المدين وسلمه المال لان الانسان يمكنه ان يدين غيره بالوكالة والوصايا . اما لو قال ان ديني الذي هو على فلان لفلان يكون قوله هذا هبة تحتاج الى القبض وتعتبر فيها القيود الوارد ذكرها في المادة ٨٤٨ . بناءً عليه اذا قالت الزوجة ان مهري الثابت لي بذمة زوجي هو لفلان فلا حكم لهذا الاقرار ولو صدقها المقر له به ولها وحدها ابراء زوجها منه دون المقر له لأن اضافة الملك في هذا الأقرار ظاهرة ومهر الزوجة لا يكون لغيرها فهذا الاقرار لا يكون هبة بدون تسليط على القبض اما لو قال ان ديني الذي هو بذمة فلان الى فلان واسمي في السند مستعار يعتبر اقراره لان عبارة اسمى مستعار تجعل الاضافة اضافة نسبية لا اضافة ملك .

مادة ١٥٩٤ [اذا كان احد قد نفى الملك بأقراره على ما ذكر واقر بكون اسمه مستعاراً في حال صحته فيكون اقراره معتبراً ويلزمه في حال حياته وتلزم به ورثته بعد مماته] ولو كان ما اقر به محيطاً بجميع امواله لأن المدين اذا كان حياً يكون حق ورثته وحق دائنيه ثابتاً في ذمته لا في ماله ولا يعتبر محجوراً لمجرد الدين عليه .

[ولكن لو اقر بالوجوه المذكورة في مرض موته فحكمه يعلم من الفصل الآتي] :

واذا اختلفا بوقوع الاقرار في حال الصحة او في حال المرض فالقول قول مدعي الاقرار في حال المرض فتحلف الورثة اليمين على ذلك

***

﴿ الفصل الثالث ﴾

(في بيان اقرار المريض)

ان المجلة جعلت فصلاً مخصوصاً لأقرار المريض لأنه يحتوي على بعض الاحكام التي لا توجد في اقرار الصحيح فالمرض عرض يعرض على المريض واهليته فلا ينافي اهليته ببعض الامور كما وانه لا ينافي اهليته بحق العبادات لذلك يعتبر بحق المريض احكام النكاح بمهر المثل والطلاق وسائر العبادات الا ان المرض لما كان مؤدياً الى الموت والموت يوجب ان تكون الورثة والغرماء خلفاً الى المريض كان المرض موجباً لأعتبار المريض محجوراً الا ان هذا الحجر معتبر بقدر ما يحفظ به حق الوارث والغريم ويثبت هذا الحجر بوفاة المريض من مرضه فيعتبر تصرف المريض في الحال الحاضر ويفسخ بعد وفاته لأن عدم الأهلية لا يتحقق الا بعد الوفاة من المرض الواقع التصرف فيه .

فمن تصرفات المريض البيع والهبة والأقرار والأجارة والكفالة والرهن وهذه التصرفات مبحوث عنها فى المواد ٣٩٣ و٨٧٧ و٤٤٤ و٦٢٨ و٧٠٨ من المجلة اما المريض المقر المتوفي اما ان يتوفي بدون وارث واما ان يكون وارثه زوج اوزوجة او ابن او اب او ام اوخال اوخالة والحكم في ذلك يختلف عن بعضه بعضاً كما سيأتي تفصيل ذلك .

ولا تعتبر ثلاثة انواع اقرار المريض في مرض موته الأول اقراره بالدين للوارث الثاني اقراره بأستيفاء دينه ومهره المضمون من الوارث الثالث اقراره باستيفاء دين مكفوله من وارثه لان هذا الاقرار نافع للوارث والمريض ممنوع منه .

مادة ١٥٩٥ [مرض الموت هو المرض الذي يعجز المريض عن رؤية مصالحه الخارجة عن داره ان كان من الذكور] كذهاب المدرس الى درسه والتاجر الى دكانه والعامل الى عمله [ويعجزه عن روية المصالح الداخلة في داره ان كان من الأناث] كطبخ الطعام وغسل الثياب [وفي هذا المرض خوف الموت في الاكثر ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة صاحب فراش كان او لم يكن] .

المريض هو من كان غالب حاله هلاك سواء كان سبب الهلاك المرض او غيره فالجاني الذي يخرج الى الاعدام والشخص المبارز والذي غرقت فيه السفينة و بقي على خشبة في وسط البحر والذي افترسه السبع و بقي في فمه هو في حكم المريض فلا يعتبر اقراره لوارثه ولا لاجنبي بما يزيد عن ثلث ماله المتروك . اما المحصور في القلعة من العدو لا يعتبر مريضاً مرض الموت لأمكان النجاة في اكثر الاوقات .

[وان امتد مرضه دائماً على حال ومضى عليه سنة يكون في حكم الصحيح وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح] لأن الأنسان لا يخلو من الأمراض [مالم يشتد مرضه و يتغير حاله ولكن لو اشتد مرضه وتغير حاله ومات يعد حاله اعتباراً من وقت التغيير الى الوفاة مرض موت] .

مادة ١٥٩٦ [اقرار من لم يكن له وارث سوى زوجة او الأمرأة التي لم يكن لها وارث سوى زوجها في مرض الموت يعتبره انه نوع وصية] .

وقد خصص واضع القانون هذه الفقرة بمن لم يكن له وارث او بمن كان وارثه زوجاً او زوجة فقط لان الزوج والزوجة لا يرد عليهما ونصيبهما من الارث معلوم اما باقي الورثة فلا فائدة من الاقرار لهم لان الميت اذا كان له اب او ابن او اخ فقط واقر له بشيء فلا محل لاعتبار اقراره لانه يرث ما تركه المتوفي اما اذا كان للميت زوجة فقط يعتبر اقراره لها وصية .

[فأذا نفى الملك من لا وارث له في مرض موته عن جميع امراله واقر بها لغيره فيصح وليس لأمين بيت المال ان يتعرض لتركته بعد وفاته] .

لان بيت المال يضع يده على تركة من لا وارث له لا بحسب الارث بل بحسب كون المال بقي بلا صاحب لذلك فليس لبيت المال ان يعارض بالوصية والمحاباة . وكذا اذا اوصى من لا وارث له الا زوجته بجميع ماله الى اجنبي ترث الزوجة سدس التركة والباقي الى الموصي له .

[كذلك لو نفى الملك عن جميع امواله في مرض موته من لا وارث له سوى

زوجته واقر به لها او لو نفت من لا وارث لها سوى زوجها عن جميع اموالها واقرت بها له يصح وليس لأمين بيت المال ان يتعرض لتركة احدهما بعد الوفاة]

لان عدم صحة الاقرار للوارث ناشيء عن حرمان الوارث الآخر من ارثه فأذا كان لا وارث للمتوفي الا المقر له فلا فائدة من الأدعاء بهذا الحرمان.

مادة ١٥٩٧ [لو اقر احد حال مرضه بمال لأحد ورثته وافاق بعد اقراره من ذلك المرض يكون اقراره هذا معتبراً].

اما لو اوصى لاحد ورثته بحال مرضه ثم افاق من المرض و بعد ذلك عاد له مرضه ومات منه تبطل الوصية لذلك فكلمة اقرار الواردة في هذه المادة هي احترازية يحترز بها من الوصية

مادة ١٥٩٨ [اذا اقر احد بمرض موته بعين او دين لاحد ورثته ثم مات فيكون اقراره موقوفاً على اجازة باقي الورثة].

سواء كان المقر مديناً او غير مدين وقد جاء في الحديث الشريف « ان الله اعطى كل ذي حق حقه الا لا وصيه لوارث » ولأن حق الورثة متعلق بمال الميت بعد وفاته فاذا خصص المورث بعضهم بمال يكون قد تجاوز على حق الآخرين و يكون بعمله هذا سبب النفاق والشقاق والنزاع بين ورثته وهذا لا يجوز.

وكذا يعتبر اقرار المريض لغير وارثه بثلث ماله ولوارثه بكل المال اذا كان لا وارث له سواه الا اذا اقر المريض الى حفيده بمال وتوفي المقر له قبل المقر وورثه ابوه وهو ابن المقر واحد ورثته صح الاقرار وكذا اذا اقر لاجنبي ومات الاجنبي قبل المقر وورثه احد ورثة المقر صح الاقرار لانه لم يقع لوارث حين الاقرار.

[فأن اجازوه كان معتبراً والا فلا] لان عدم صحة الاقرار للوارث لا لكون الوارث ليس بمحل للاقرار بل لتعلق باقي الورثة بالمقر به ولذلك اذا اجاز الورثة يكون قد زال المانع وعاد الممنوع ولا فائدة من ندامة الورثة بعد الأجازة ورجوعهم عنها. ولا عبرة لأجازة باقي الورثة اذا وقعت حال حياة المقر لأن حقهم لا يتعلق بالمال الموروث الا بعد وفاة المورث.

واذا اقر المريض لوارث واجنبي لا يعتبر اقراره لكليهما عند الامام الأعظم لأنه اقر بمال موصوف بصفةفاذا بطلت الصفة بطل الأصل كما لو تصادق المقر لهما ام لم يتصادقا (تكملة) لذلك اذا اقر المقر في مرض موته لأحد ورثته ولأجنبي لا يعتبر اقراره سواء تصادقا المقر لهما بالتركة ام لم يتصادقا وانكر الأجنبي شركته للوارث .

[ولكن اذا كان قد صدقه باقي الورثة في حال حياة المقر فليس لهم الرجوع عن تصديقهم ويكون ذلك الاقرار معتبراً] .

وكذا اذا اقر المورث بقبض دينه من احد ورثته وصادق باقي الورثة على هذا القبض لايجوز لهم الرجوع عن تصديقهم بخلاف الوصية بما زاد عن الثلث حيث لاتنفذ الا بأجازة الورثة بعد موت الموصي (تكملة) .

[وايضاً الأقرار للوارث بالأمانة] اي بأمانته التي له عند وارثه او بالوديعة [صحيح على كل حال] سواء صادق باقي الورثة على ذلك ام لم يصادقوا . وكذا الاقرار للوارث بالمضاربة . ولا يصح اقراره بأمانة ولدرثة عنده [وهو انه اذا اقر احد في مرض موته بكونه قد قبض امانته التي هي عند وارثه او اقر بكونه قد استهلك امانة وارثه المعلومة التي اودعها عنده يصح اقراره] لان الوارث لو ادعى برد الامانة لمورثه وانكر باقي الورثة عليه دعواه هذه يصدق بقوله ولا يقال بأن المورث قد اوصل لأحد الورثة نفعاً بأقراره هذا .

وكذا اقرار المريض بأستهلاك امانة مورثه يعتبر مطلقاً لأن المريض اذا مات يكون قد مات مجهلاً وللوارث صاحب الامانة ان يطلب مثل الأمانة او قيمتها من تركة مورثه فلا فائدة من تصديق الورثة او انكارهم هذا الاقرار .

[مثلاً لو اقر في مرض موته بقوله اخذت وقبضت اماناتي التي اودعتها عند ابني يصح اقراره ويكون معتبراً . وكذا لو قال ان ابني فلاناً اخذ طلبي الذي هو على فلان بالوكالة وسلمه الي يكون معتبراً . وكذلك لو قال قد بعت خاتم الالماس الذي

كان وديعة او عارية عندي لأبني فلان وقيمته خمسة الاف قرش وصرفت ثمنه في اموري واستهلكته يكون اقراره معتبراً و يلزمه تضمين قيمة ذلك الخاتم من التركة] لا ثمنه الذي باعه فيه .

ويشترط في ذلك ان تكون الامانة معلومة ومثبتة بالبينة فاذا كانت غير معلومة لا يعتبر اقرار المريض باستهلاكها . اما كلمة امانة فهي قيد احترازي يحترز به من الغصب والدين والرهن فلا يصح اقرار المريض في مرض موته بأنه قبض قيمة المغصوب او المرهون او الدين من وارثه واذا اقر المريض بمهر زوجته يعتبر اقراره بمقدار مهر المثل لان وجوب مهر المثل هو من جهة حكم صحة النكاح لا من سبب اقرار المريض ولذا فاذا اقر الزوج بما يزيد عن مهر المثل يبطل اقراره .

و يعتبر الاقرار بصورة النفي ويجوز قضاء كقول المقر لا حق لي على فلان الوارث فيعتبر هذا الاقرار بدون اجازة باقي الورثة . وكذا قول الزوجة المريضة في مرض الموت لا حق لي قبل زوجي من مهري فانه صحيح ولا يحتاج لاجازة الورثة .

مادة ١٥٩٩ [المراد من الوارث في هذا المبحث هو الذي كان وارثاً للمريض في وقت وفاته] لا الذي كان وارثاً وقت اقراره . فالاقرار لمن كان وارثاً وقت الاقرار وغير وارث وقت الوفاة جائز كمن اقر لاخيه الوارث ثم تولد له ولد وكمن اقر لزوجته وتوفيت قبله او لابنه فتوفي قبله . والاقرار لمن كان وارثاً وقت الاقرار ووقت الوفاة وهذا ينقسم الى قسمين القسم الاول هو الوارث الذي يكون وارثاً حين الاقرار وحين الوفاة ولا ينقطع عنه الارث مطلقاً والقسم الثاني هو الذي يكون وارثاً حين الاقرار والوفاة لكنه يخرج من كونه وارثاً بين التاريخين كالمريض الذي أقر لزوجته ثم ابانها من عصمته ثم تزوج بها وتوفي او اذا أقر لاحد اشقائه حينما كان لاولد له ثم تولد ولد ومات ومات المقر بعده فالاقرار للقسم الاول غير صحيح بالاتفاق والاقرار للقسم الثاني غير صحيح عند ابي يوسف للتهمة وصحيح عند محمد لان السبب الذي كان موجوداً وقت الاقرار قد زال بعد ذلك .

واما ان يكون المقر له غير وارث وقت الاقرار والوفاة وحكم ذلك قد مر في المادة ١٥٩٦ من المجلة .

واما ان يكون المقر غير وارث وقت الاقرار ووارث وقت الوفاة فأذا كان ارث المقر له وقت الوفاة حاصل من سبب موجود وقت الاقرار فالاقرار غير صحيح واذا حصل الارث من سبب جديد فالاقرار صحيح كما سيأتي تفصيل ذلك في الفقرات الآتية :

[واما الوراثه الحاصلة بالسبب الحادث في وقت وفاة المقر ولم تكن قبل فلا تكون مانعة لصحة الأقرار كما انه اذا اقر احد بمال لأمرأة اجنبية في مرض موته ثم تزوج بها ومات فيكون اقراره نافذاً واما الأقرار لمن كانت وارثته قديمة ولم تكن حاصلة بسبب حادث فلا يكون نافذاً مثلاً لو اقر من له ابن بمال لاخوانه من ابويه ثم مات بعد موت ابنه لا يكون أقراره نافذاً لما ان اخاه يرثه من حيث كونه اخاً له] .

الا أن الاخ كان محجوباً بالابن فلما مات الابن زال الحجب وورث الاخ بسبب كان موجوداً وقت الاقرار واما في الاجنبية فسبب الارث ثبت بعد الاقرار ولا يمكن استناد الحجر الي ما قبل العلة (تكملة) .

وكذا اذا اقر المسلم بدين في مرض موته لاخيه غير المسلم ثم اسلم الاخ ومات المريض فلا يصح الاقرار لان الاخوة وهي سبب الارث موجودة حين الاقرار . وكذا اذا اقر الاجنبي بدين ثم ثبت نسب المقر له للمقر ومات المقر وكان المقر له وارثاً له بطل الاقرار .

مادة ١٦٠٠ [اقرار المريض حال كونه في مرض موته بالأسناد الى زمان الصحة في حكم الأقرار في زمن المرض فلو اقر احد حال كونه في مرض موته بأنه قد استوفى طلبه الذي على وارثه في زمان صحته لا ينفذ اقراره مالم يجزه باقي الورثة . كذلك لو اقر احد بأنه كان قد وهب ماله الفلاني لفلان الذي هو من ورثته وكان سلمه اياه لاينفذ اقراره مالم يثبت ببينة او يجزه باقي الورثة] .

فأذا اقر في مرض موته بأنه كان قبل خمس سنوات باع دابته لولده وقبض ثمنها منه اوانه استوفى مطلوبه من ولده قبل عدة سنوات لا يعتبر اقراره هذا الا اذا اثبت ابنه الدفع او اجازة

باقي الورثة وهذا يخالف الاقرار للاجنبي على ما ورد في هذه المادة فأن ذلك ينطبق على ما سيأتي في المادة ١٦٠٣ من هذا الكتاب .

مادة ١٦٠١ الاقرار قسمان القسم الاول اقرار بالحكاية اي الاقرار بالحقيقة مثلاً [اقرار المريض بعين او دين لأجنبي اي لمن لم يكن وارثه في مرض موته صحيح وان احاط بجميع امواله] استحساناً لأن المقتضي بالأقرار موجود والمانع مفقود فالمقتضي هو حرية الأنسان بالتصرف في امواله والمانع هو عدم وجود تهمة الارث بين المقر والمقر له ووجهه ان قضاء الدين من الحوائج الاصلية لأن فيه تفريغ ذمة الميت ورفع الحائل بينه وبين الله فيقدم على حق الورثة كسائر حوائجه لان شرط تعلق حقهم بالأرث هو الفراغ من حقه ولهذا يقدم كفنه عليهم ولأنه لو لم يقبل اقراره لامتنع الناس عن معاملته حذراً من ان يفسد عليهم طريق التجارة والمداينة والقياس ان لا يصح اقراره الا من الثلث لأن الشرع قصر تصرفه على الثلث وتعلق بالثلثين حق الورثة ولهذا لو تبرع بجميع ماله لم ينفذ الا من الثلث وكذلك الحكم بالأقرار فأنه لا ينفذ الا من الثلث .

واعلم بأن هذه المادة تتفرع عن كون الأقرار اخباراً لا انشاء لما جاز بجميع المال لأنه تمليك و يجب ان يكون المقر غير مدين بدين الصحة لتعلق حق الغرماء بماله وليس للمدين بدين الصحة ان يقر بعين في يده لغيره .

اما كلمة الأجنبي الوارد ذكرها في هذه المادة هي مقابلة للوارث فتشمل ابن الأبن اذا كان للميت المقر ابناً وتشمل الزوجة الذمية اذ يجوز الاقرار لها بجميع المال و يجوز الايصاء لها لانها ليست بوارثة وقت الوفاة .

واذا طلق الرجل زوجته في مرض موته بطلبها طلاقاً بائناً واقر لها بدين وتوفي قبل ان تنقضي عدتها تعطى الزوجة الأقل من المقر به او الارث وهذا العطاء هو بحكم الاقرار لا بحكم الارث واذا كانت قد انقضت عدتها يعتبر الاقرار لها . اما اذا طلق زوجته بدون طلب منها في مرض موته واقر لها بدين او بعين ومات قبل ان تنقضي عدتها لا يعتبر اقراره .

القسم الثاني الاقرار بالابتداء فهذا وان كان اقراراً من حيث الظاهر والصورة الا انه في

الحقيقه تمليك وهبة او وصية فلذا اذا حمل على الهبة يجب تسليمه واذا حمل على الوصية لا يجب تسليمة كما سيأتي ذلك بالفقرات الآتية :

[ولكن ان ظهر كذب المقر بكونه قد ملك المقر به بسبب في وقت الأقرار او انتقل اليه ارثاً او بهبة او اشتراه في ذلك الوقت ينظر على هذا الحال الى ان الأقرار هل كان في مذا كرة الوصية ام لا فأن كان ليس في اثناء مذا كرتها يكون بمعنى الهبة ويلزم التسليم وان كان في اثناء مذاكرتها يحمل على معنى الوصية وعلى كلتا الحالتين لا يعتبر اقراره الا من ثلث ماله] واذا أعتبر الاقرار هبة ومات المقر قبل التسليم بطل الاقرار ٠

واذا كان الأقرار واقعاً اثناء البحث في الوصية واقر المريض في مرض الموت بمال لأبنه ثم توفي ابوه قبله يعتبر اقرار المقر كالأقرار المبتدأ ٠

وكذا اذا اقر المقر في مرض موته ببيع جميع منقولاته من اجنبي وقبض ثمنها ومات بمرضه صح اقراره بالبيع واعتبر أقراره بقبض ثلث الثمن فقط ٠

مادة ١٦٠٢ [ديون الصحة مقدمة على ديون المرض] ٠

لأن المديون محجور من الاقرار بالدين اذا كانت ذمته مشغولة بدين الصحة ولان اقرار المريض ضعيف كجسمه ٠ وكذا ديون المرض مقدمة على الارث لأن قضاء الدين من الحوائج الأصلية فيفرغ ذمة الميت ويرفع الحائل ما بينه وما بين المكافاة الاخروية فديون الصحة سواء كانت ناتجة عن اسباب معروفة او كانت ثابتة بالبينة او ثابتة بأقرار المقر حال صحته وسواء كان المقر له وارثاً او اجنبياً ٠

ويتساوى الدائنون في الاقرار بحال الصحة سواء وقع الاقرار لهم دفعة واحدة او بأزمنة متعددة ٠ وكذا الحكم في ديون المرض ٠ (١)

---

(١) هذا الحكم لا ينطبق على الديون التي وقع الحجز الاحتياطي او الأجرائي من اجلها لأن تلك الديون يعتبر فيها الاقدم تاريخاً على ما جاء في المادة ١٢٣ من قانون الاجراء خوفاً من تهمة المواطئة بين المدين ودائنيه كما سيرى ذلك مفصلاً في قانونه الخاص ٠ اه

واذا اقر المريض اولاً بدين ثم بوديعة يعتبر الاقراران متساويان لأنه اذا اقر بالدين تعلق حق الغريم في المال الذي في يده ثم لما اقر بوديعة المال الموجود بيده يكون قد اراد اسقاط حق الغريم فلا يصدق بقوله ولما كان اقراره بوديعة يتعذر تسليمها هو مساوٍ للاقرار بالدين فقد اعتبر الأقراران متساويان . الا اذا إقر اولاً بالوديعة ثم بالدين يكون صاحب الوديعة اولى من صاحب الدين لأن الأقرار بالدين لا يتعلق في مال الغير المودوع الذي وقع الأقرار به .

وكذا اقراره في مال في يده انه بضاعة او مضاربة مساوٍ حكماً للأقرار بالوديعة .

[يعني تقدم الديون التي تعلقت بذمة من كانت تركته غريمة في حال صحته على الديون التي تعلقت بذمته في مرض موته بأقراره] .

وقد اشير الى لزوم كون الديون مستغرقة للتركة وكون الدائنين متعددين فأذا كان الحق المتعلق بالتركة هو حق العبد فيصرف على الميت ما يحتاجه للتجهيز والتكفين ثم ما يبقى يدفع الى الدائن اذا كان واحداً واذا زاد له شيء من مطلوبه ان شاء تركه وان شاء طالب به في الدار الآخرة واذا تعدد الدائنون تقسم بينهم الديون قسمة غرماء .

[وهو انه تُستوفى ديون الصحة من تركة المريض ثم تؤدى ديون المرض ان بقيت فضلة ولكن الديون التي تعلقت بذمة المريض بأسباب معروفة اي اسباب مشاهدة ومعلومة عند الناس غير الأقرار كالشراء والأستقراض واتلاف مال فهي في حكم ديون الصحة] . لعدم وجود التهمة بالأقرار في مثل هذه الأحوال ويكفي لذلك علم الناس ولا يحتاج الى علم القاضي .

ومع ذلك فأن ديون المرض تنقسم الى قسمين الأول الديون الممتازة وهي الديون التي اذا قبضها الدائن لا يشاركه فيها صاحب دين الصحة كبدل المقروض والمبيع واجرة السكن وثمن الملبس وثمن الأدوية واجرة الطبيب . والثاني الديون الغير الممتازة وهي الديون التي اذا قبضها صاحبها يشاركه بها صاحب دين الصحة كمهر الزوجة .

وكذا ثمن المبيع الذي اشتراه المريض في حال مرضه واستلمه بمعاينة الناس والشهود هو

بحكم ديون الصحة . وكذا مهر المثل في النكاح الواقع في مرض الموت اذا كان بمشاهدة الشهود لان النكاح وضع في الاصل لمصالح المعيشة والحياة .

[واذا كان المقر به شيئاً من الأعيان فحكمه على هذا المنوال ايضاً يعني اذا اقر احد لأجنبي بأي شيء كان في مرض موته فلا يستحقه المقر مالم تؤدى ديون الصحة او الديون التي هي في حكم ديون الصحة التي لزمت بأسباب معروفة كما ذكر آنفاً]

مادة ١٦٠٣ [اذا اقر احد في مرض موته بكونه قد استوفى طلبه الذي في ذمة اجنبي فينظر ان كان هذا الدين قد تعلق بذمة الأجنبي حال المرض] ببيع او ايجار او قرض [يصح اقراره ولكن لا ينفذ في حق غرماء الصحة] اذا لم يصدقوا هذا الاقرار بناءً عليه اذا باع المريض في مرض موته ماله من اجنبي واقر بقبض ثمنه لا ينفذ اقراره في حق غير مال الصحة ويقال للمشتري اد الثمن مرة اخرى او انقض البيع ان كان المبيع قائماً في يد المشتري او في يد البائع الا اذا عرف تلف المبيع قبل مرض البائع . ولو عرف ان البيع كان في الصحة صدق في استيفاء الثمن سواء كان في الثمن رهن او لم يكن واذا اقر في مرض موته انه باع ماله من فلان وقبض ثمنه في صحته وصدقه المشتري فيه صدق فى البيع لا في قبض الثمن الا في الثلث (بزازيه) .

الا اذا كان ما يطلبه المريض مهراً او بدل الصلح من دم العمد يعتبر الاقرار فيه نافذاً بدون تصديق غرماء الصحة لان المهر و بدل الصلح لا يعتبران بدل مال فأذا اقرت الامرأة في حال مرضها بأنها زوجت نفسها من رجل وقبضت مهرها ينفذ اقرارها بحق الدائنين الغرماء

[وان كان تعلق في حال الصحة فيصح على كل حال يعني سواء كانت عليه ديون صحة او لم تكن]

والفرق بين هاتين الفقرتين ظاهر لان ديون الصحة تتعلق بذمة المدين لا في ماله وعند مرضه تتعلق ديونه بماله والمال هو الاعيان لا الديون لذلك فالديون التي يقرضها المدين حال صحته واثمان المبيع لا تتعلق بدائني الصحة اما اثمان بيوعه في حال مرضه تتعلق بالتركة وتؤثر

على الدائنين لذلك فأقرار المريض بقبض مطاليبه التي تعلقت في حال المرض لا ينفذ واقراره بقبض مطاليبه التي تعلقت في حال الصحة ينفذ .

[مثلاً لو اقر المريض حال مرضه بأنه قبض ثمن المال الذي باعه في ذلك الحال يصح اقراره ولكن ان كان له غرماء صحة فلهم ان لا يعتبروا هذا الاقرار] .

ولغرماء الصحة استيفاء مطلوبهم واذا كانت التركة وافية لاداء ديون الصحة لا يطالب الاجنبي بالثمن واذا كانت التركة لا تكفي يطالب به ويدفعه (على زعمه) مرة ثانية واذا تمنع من الدفع ينقض البيع ويسترد المبيع منه عند الامام الثاني .

[وان باع مالاً في حال صحته واقر بقبض ثمنه في مرض موته يصح على كل حال . وان كان له غرماء صحة فليس لهم ان يقولوا لا نعتبر هذا الاقرار] .

مادة ١٦٠٤ [ليس لاحد ان يؤدي دين احد غرمائه في مرض موته ويبطل حقوق باقيهم] . ولو كان ما دفعه مهراً او بدل ايجار لان حق الغرماء يتعلق في مال المدين الموجود في يده واذا كانت التركة الباقية تفي بالديون يكون قد استوفى القابض مطلوبه . واذا اختلف الغرماء والقابض في وقت القبض فقال الغرماء ان القبض كان في المرض وادعى القابض وقوعه في حال الصحة فأذا كان ما قبضه موجوداً في يده شاركه الغرماء انظر المادة ١١٠واذا كان هالكاً لا يشاركونه بشيء لانه انما يصرف الى اقرب الاوقات بنوع ظاهر يصلح للدفع لا لأيجاب الضمان حال قيام المقبوض فهو يدعي لنفسه سلامة المقبوض والغرماء ينكرون ذلك وقد اجمعوا على ان المقبوض كان ملكاً للميت فيصلح الظاهر شاهداً لهم وبعد هلاك المقبوض حاجة الغرماء الى ايجاب الضمان فلا يصلح الظاهر شاهداً لهم (خانيه) .

[ولكن له ان يؤدي ثمن المال الذي اشتراه] اذا كان اشتراه بثمن المثل وألا يعتبر الزائد عن ثمن المثل وصية [او القرض الذي استقرضه حال كونه مريضاً] ويجب أن يثبت ثمن المبيع والقرض بالبينة لا بالاقرار نفياً للتهمة . والسبب في اعتبار هذا الاقرار هو

ان المريض وأن كان قد دفع مالاً للمبيع الا أنه ادخل على التركة مبيعاً يأخذه الغرماء بعد وفاته ٠

أما عبارة (له أن يؤدي ثمن المال الذي أشتراه) الواردة في هذه المادة هي قيد احترازي لان المريض اذا توفي قبل الاداء يدخل البائع بقسمة الغرماء ٠

وكذا عبارة الاستقراض والشراء الواردة في هذه المادة هي قيود أحترازية لان المريض اذا تزوج في حال مرضه ودفع المهر او استأجر داراً ودفع اجرتها وتوفي بعد ذلك فللغرماء مشاركة الزوجة والمؤجر بما قبضوه لأن ما يحصل من النكاح وسكنى الدار لا يفيد الدائنين وهو مبطل لحقوقهم ٠

مادة ١٦٠٥ [الكفالة بالمال في هذا المبحث هي في حكم الدين الأصلي بناءً عليه لو تكفل احد دين وارثه في مرض موته لا يكون نافذاً] الا اذا اجاز الورثة ذلك [واذا كفل للاجنبي فيعتبر من ثلث ماله] وأذا كفل في حال صحته يعتبر من جميع ماله الا اذا كان دينه محيطاً بماله فتبطل كفالته ولو كفل ولا دين عليه ثم اقر بدين محيط لاجنبي ثم مات فالمقر له اولى بتركته من المكفول له وان لم يحط فأن كانت الكفالة تخرج من ثلث ما بقي بعد الدين صحت كلها والا فبقدر الدين ٠

[واما اذا اقر في مرض موته بكونه قد كفل في حال صحته فيعتبر اقراره من مجموع ماله ولكن تقدم ديون الصحة ان وجدت] ٠

الخلاصة كفالة المريض تكون بأحدى الوجوه الثلاثة :

الوجه الاول : اذا كفل في حال صحته كفالة معلقة بالسبب ووقع السبب في حال المرض كالمريض اذا قال انا كفلت ما يثبت لك بذمة فلان او ما تقرضه الى فلان ثم مرض الكفيل وثبت دين المدين او استقرض مبلغاً صحت الكفالة وكان الدين كدين الصحة ٠

الوجه الثاني : لاخبار المريض في مرضه بكفالة وقعت منه حال صحته فالكفالة كدين المرض ولا تقاوم دين الصحة ٠

الوجه الثالث : انشاء المريض الكفالة في مرض موته فتعتبر من ثلث المال كسائر الوصايا ٠

خلاصة الباب الثالث

احكام الأقرار

الحكم الاول — المرء مؤاخذ بأقراره الذي لا يكذبه الشرع لذلك لا عذر لمن اقر ولا يجوز الرجوع عن الاقرار في حق العباد ، واذا كان كلام المقر اقراراً ودعوى يعتبر أقراره ويجب اثبات الدعوى بالبينة . لا يعتبر الاقرار المكذب بحكم الحاكم . الاستثناء عن الأقرار لا يعتبر رجوعاً اذا كان المستثنى متصلاً بالمستثنى منه او كان مفصولاً ابتداءً او كان المستثنى بعض المستثنى منه او كان المستثنى من جنس المستثنى منه صورة او معنى او كان المستثنى منه متناولاً للفظ المستثنى .

الحكم الثاني — اذا أضاف المقر المقر به في اقراره لنفسه — يكون أقراره هبة — يجب تسليم المقر به لتمام الاقرار . واذا لم يضف المقر المقر به في اقراره لنفسه — يكون قد نفى ملكه من المقر به— فلا يجب تسليم المقر به لتمام الأقراز ولا يشمل هذا الاقرار ما يملكه المقر بعد ذلك.

الحكم الثالث — اذا ادعى المقر بأنه كاذب بأقراره يحلف المقر له بان المقر غير كاذب باقراره ويمكن اثبات عدم الكذب بالبينة .

الحكم الرابع — المقر بنفي الملاك في صحته والمقر بان اسمه مستعار يعتبر أقراره و يلزم فيه حال حياته و يلزم وارثه فيه بعد وفاته .

الحكم الخامس — أقرار المريض يعتبر في كل ماله اذا كان لا وارث له . وكذا اقرار الزوج لزوجته والزوجة لزوجها في حال المرض يعتبر في كل المال اذا كان لا وارث غيرهم .

و يعتبر اقرار المريض في كل ماله اذا اقر في مرضه ثم صح وأفاق من المرض .

و يعتبر اقرار المريض في كل ماله اذا صادق على ذلك باقي الورثة وليس لهم الرجوع عن التصديق بعد وفاة المقر لان التصديق اقرار .

و يعتبر اقرار المريض في كل ماله اذا اقر لوارثه باسترداد امانته ولو لم يصادق على ذلك باقي الورثة لان الوارث اذا ادعى رد الأمانة يصدق بيمينه .

و يعتبر اقرار المريض في كل ماله اذا اقر لزوجته بمهر المثل .

و يعتبر اقرار المريض في كل ماله قضاءً اذا كان الاقرار بصوره النفي .

ويعتبر اقرار المريض في كل ماله اذا أقر بطريق الأقرار وبالحكاية لأجنبي بجميع ماله او ببعضه اذا كان لا يعلم بأن ما اقر به هو له ٠

ويعتبر اقرار المريض في كل ماله اذا أقر بقبض ماله عند الأجنبي من المطلوب الذي تعلق في ذمة الاجنبي في مرض الموت يصح أقراره ولا يكون نافذاً بحق الغرماء واذا كان الدين تعلق في ذمة الاجنبي في صحة المقر صح الاقرار ونفذ ٠

ولا يكون أقراره معتبراً اذا اقر لوارث بعين او بدين في مرض موته ولم يجزه الورثة بعد وفاته ٠ ولو اسنده الى حال صحته ٠ الاقرار بالابتداء هو هبة فلا يجوز بدون التسليم ٠

القصد من الوارث الوارد ذكره في بحث اقرار المريض هو الوارث في وقت وفاة المقر ٠

اذا كان المقر له وارثاً وقت الاقرار وغير وارث وقت الوفاة فالاقرار جائز ٠

اذا كان المقر له وارثاً وقت الاقرار ووقت الوفاة فأذا كان لم يخرج من الارث فالاقرار صحيح واذا كان يخرج من الارث فالاقرار غير صحيح عند ابي يوسف وصحيح عند محمد ٠

حكم ما اذا كان المقر له غير وارث وقت الاقرار وحين الوفاة ٠

واذا كان المقر له غير وارث وقت الاقرار ووارث حين الوفاة فأذا كانت الوراثة ناشئة عن سبب موجود وقت الاقرار فالاقرار غير صحيح واذا كانت الوراثة ناشئة عن سبب غير موجود وقت الاقرار فالاقرار صحيح ٠



« الباب الرابع »

(في بيان الاقرار بالكتابة)

الخط في زماننا اصبح من اهم حوائج الانسان واعظمها من الامور التي يعول عليها في كثير من المعاملات لذلك لا بد لنا من اعتبار اصلين مهمين في الاقرار الكتابي ٠

الاصل الاول — كل خط فيه شائبة التصنيع والتزوير لا يعتمد عليه ولا يتخذ مداراً للحكم عند النزاع وقد ورد في المادة (٦٠١) من المجلة « لا يعمل بالخط والسند اذا كانا غير خاليين من شائبة التصنيع والتزوير والشبهة » ٠ وورد في المادة (١٧٣٦) بأن الخط والخاتم لا يعمل بهما فقط وورد في المادة (١٧٣٩) من المجلة بأن الوقفية لا يعمل بها مجردة — اي غير مسجلة — وورد في قانون اصول المحاكمات الشرعية ما يؤيد ذلك ٠

الاصل الثاني — يعمل بالخط السالم من شائبة التصنيع والتزوير وقد جاء في المادة (١٧٣٩) وجوب العمل بكتاب الوقف المسجل بسجل القاضي وجاء في المادة (١٧٣٨) لزوم اعتبار سجلات القاضي اذا كانت سالمة من الحيلة والفساد ٠ وجاء في المادة (١٧٣٧) لزوم العمل بالبراآت السلطانية وقيود الدفتر الخاقاني وجاء في المادة (١٦٠٨) لزوم اعتبار ما جاء بقيود التجار ودفاترهم — حجة عليهم لا لهم — كما هو النص ايضاً بقانون التجارة البرية ٠

مادة ١٦٠٦ [الأقرار بالكتابة كالأقرار باللسان] فيؤاخذ المقر بالكتابة كالمقر بالخطابة سواء كان المقر بالكتابة ناطقاً او اخرساً وسواء كانت الكتابة بطلب الدائن او بدونه ٠

مادة ١٦٠٧ [امر احد آخر بأن يكتب أقراره هو أقرار حكماً] لا حقيقةً لان الأمر انشاء والأقرار أخبار ولا اتحاد بينهما ولذا كان الأمر بالكتابة أقرار حكماً ٠

[بناءً عليه لو امر أحد كاتباً بقوله اكتب لي سنداً يحتوي أني مديون لفلان بكذا دراهم ووضع فيه امضاءه او ختمه يكون من قبيل الأقرار بالكتابة كالسند

الذي كتبه بخط يده] لأن قوله اكتب سنداً يحتوي اني مديون لفلان بكذا دراهم هو أقرار شفاهي تأيد بتوقيع السند الذي كتبه غيره بناءً على امره له وهذا التوقيع أقرار حكمي من قبيل الأقرار بالكتابة الذي يكتبه المديون بخط يده ·

مادة ١٦٠٨ [القيود التي هي في دفاتر التجار المعتد بها هي من قبيل الأقرار بالكتابة ايضاً] لأن التاجر يكتب عادة في دفتره ماله وماعليه صيانة عن النسيان ولا يكتب ذلك بقصد اللهو وتعلم الخط فيعتبر أقراره بدفتره حجة عليه ولو كان غير محرر بصورة توافق الرسم والعادة · ولا يعتبر ما كتبه حجة له لأنه لو ادعاه بلسانه صريحاً لا يؤخذ خصمه به فكيف اذا كتبه · ولا يعتبر ما كتب في دفتر التاجر بغير خطه حجة عليه الا اذا ثبت بأنه كتبه بأمره فيكون عند ذلك حجة على ما جاء في المادة (١٦٠٧) ·

[مثلاً لو كان احد التجار قد قيد] بخط يده [في دفتره انه مدين لفلان بمقدار كذا يكون قد اقر لذلك بدين مقدار ذلك و يكون معتبراً ومرعياً كأقراره الشفاهي عند الحاجة] و يؤاخذ به هو وورثته من بعده · ولا يعتبر قيد التاجر والصراف في دفتره حجة له لما ذكرنا والأفتاء بصحة ذلك ضلال بين الا اذا كانت عبارة الدين مقيدة بخط المدين بدفتر الدائن فأنها تكون معتبرة · ويجب في كل الأحوال ان يكون الدفتر معتداً به والا اذا كان دفتر التاجر بيد كاتبه وحرر الكاتب فيه ماشاء بدون امر التاجر واذنه وانكر التاجر علمه لما جاء بالدفتر فلا تعتبر قيود الدفتر حجة عليه ايضاً لأمكان وجود شبهة التزوير في مثل هذه القيود ·

مادة ١٦٠٩ [اذا كتب احد سنداً واستكتبه وأعطاه لأحد ممضياً او مختوماً فيكون معتبراً ومرعياً كتقريره الشفاهي لأنه أقرار بالكتابة ان كان مرسوماً يعني ان كان ذلك السند كتب موافقاً للرسم والعادة والوثائق التي تعلم القبض المسماة بالوصول هي من هذا القبيل ايضاً] ·

واعلم بأن الرسم والعادة في زماننا هو ان يحرر في السند اسم الدائن وشهرته ومقدار الدين

وتاريخ السند وان يكون موقعاً بأمضاء المدين اوخاتمه وان يحرر بعلم المدين و بلسان يقف عليه فأذا تحرر بغير لسانه يجب ان يتلى عليه و يفهم معناه والا يمكنه ان يدعي بأنه امضاه ولا يعلم مضمونه٠

ولا يخلو السند من احدى الصور الآتية وهي اولاً : ان يكون محرراً وممضى بخط المدين ٠ ثانياً : ان يكون محرراً بغير خط المدين وموقعاً بأمضائه ٠ ثالثاً : ان يكون محرراً بخط المدين ومختوماً بخاتمه ٠ فبهذه الصور الثلاث يعمل بالسند اذا كان خالياً من شائبة التزوير والتصنيع ٠ رابعاً : ان يكون محرراً بخط غير المدين ومختوماً بخاتمه فهذا السند لا يعمل به الا اذا أقر المدين بالدين او بالخاتم و بفعل التختيم معاً لأن الخاتم لا يمكن للأنسان ان يحفظه و يمكن ان يتركه في داره فيستعمله اهله واقرباؤه ويمكن للحكاك الذي حكه ان يختم به عدة أسناد ولذا لا بد في مثل هذه الأسناد من أثبات فعل التختيم بالبينة لأن فعل التختيم والأقرار والأمر به شرط على ما جاء في المادة (١٦٠٧) حيث قالت «او ختمه» ٠

مادة ١٦١٠ [من كتب سنداً او استكتبه وأعطاه ممضياً او مختوماً اذا انكر الدين الذي حواه فلا يعتبر انكاره و يلزمه أداء ذلك الدين] ٠

لأنه اذا أقر بالخط والأمضاء يكون قد اقر بالدين وتعلقه بذمته ما لم يدع كذب الأقرار وكذا اذا تعامل اثنان مدة ثم تحاسبا وفضل لأحدهما بذمة الآخر مبلغاً حرر به سنداً ووقعه بامضائه وخاتمه وأعطاه الى رفيقه ثم طالبه خصمه بالمبلغ بالأستناد الى السند فأقر بالخط والأمضاء وطلب رؤية المحاسبة مرة ثانية فلا يلتفت الى قوله هذا اذ لا عذر لمن اقر (تكملة)٠

واذا كان السند غير مرسوم وفقاً للعرف والعادة كالكتابة على الشجر او على الجدران فلا يعمل به بدون اقرار بالدين او بدون اشهاد عند تحريره ٠

[واما اذا انكر كون السند له فلا يعتبر انكاره ان كان خطه او ختمه مشهوراً ومتعارفاً] وثبت ذلك بالبينة لا بعلم القاضي لأن علم القاضي لا يكفي للحكم ٠

[ويعمل بذلك السند وان لم يكن خطه وختمه معروفين يستكتب ذلك المنكر و يعرض على اهل الخبرة فأن اخبروا بأنهما كتابة شخص واحد يجبر ذلك على اعطاء الدين المذكور] ٠

ولا تقبل شهادة النصاب على الشهرة لأن الشهرة لاتكون الا عند اكثر الناس وهذا لايثبت الا بالتواتر اما وقد منع التواتر في زماننا بقرار من الحكومة فأصبح حكم هذه الفقرة معطل ٠

وقد اقتصرت المجلة في مادتها هذه على الاستكتاب ويفهم من هذا انها حصرت تلك المعاملات بالأمضاء لا بالخاتم لأن الخاتم يمكن ان يكون خاتم من نسب له السند ولا يكون قد ختمه بيده واذا أردنا ان نقابل بين ما جاء في هذه المادة وبين ما ورد بقانون أصول المحاكمات الحقوقية نقول بأن المنسوب له السند اما ان يقر بالدين وبالامضاء وبالخاتم واما ان ينكر فأذا أقر بالدين او بالامضاء يحكم بأقراره واذا اقر بأن الخاتم ختمه وانكر فعل التختيم يكلف المدعي لأثبات ذلك بالبينة واذا اقر بالامضاء والخاتم وادعى كذب الأقرار يحلف المدعي على ما جاء في المادة (١٥٨٩) واذا انكر الدين والامضاء والخاتم تجري معاملة التطبيق بحق الأمضاء والخاتم ومعاملة الاستكتاب بحق الامضاء وتسمع افادات الذين رأوا التوقيع او اشهدهم الموقع على نفسه حين تحرير السند اذا حصل شبهة للخبراء بصحة التوقيع على جاء في المادة (١٠٣) من قانون اصول المحاكمات الحقوقية المذكور ٠ ولا يمكن اثبات الشهرة الوارد ذكرها في هذه المادة لما مر ذكره من منع سماع خبر التواتر ٠

[والحاصل يعمل بالسند ان كان بريئاً من شائبة التزوير وشبهة التصنع واما اذا لم يكن السند بريئاً من الشبهة وانكر المديون كون السند له وانكر اصل الدين فيحلف بطلب المدعي على ان السند ليس له وانه ليس بمديون للمدعي] ٠

اي يحلف على الأمرين معاً واذا تمنع عن الحلف بأحد الأمرين يعتبر مقراً لان امتناعه عن الحلف بأنه ليس بمدين هو اقرار بالدين وامتناعه عن اليمين بان السند ليس له اقرار بالسند والأقرار بالسند اقرار بالدين ٠

مادة ١٦١١ [اذا أعطى احد سند دين حال كونه مرسوماً ثم توفي فيلزم ورثته بأيفائه من التركة ان كانوا معترفين بكون السند للمتوفى] ٠

ولا يجبروا على أدائه من مالهم اذا كان لا تركة للميت واذا أقر البعض وانكر البعض الآخر يلزم المقر فقط بأداء مقدار حصته من الدين ٠

[واما اذا كانوا منكرين ذلك فلا يعمل بذلك السند الا اذا كان خطه وختمه معروفين] .

مادة ١٦١٢ [اذا ظهر كيس مملوء بالنقود في تركة احد محرر عليه بخط الميت ان هذا الكيس مال فلان وهو عندي أمانة فيأخذه ذلك الرجل من التركة ولايحتاج الى اثبات بوجه آخر] .

لأن من العادة ان لايكتب الأنسان على دراهمه بأنها لغيره فتعتبر كتابة الميت ولو بدون امضائه . اما العمل بالمارقات اي بالأشارات الموضوعة على الأحمال والطرود فأنها تعتبر اذا كان المال بيد صاحب صاحب المارقة او بيد وكيله والخصم يكلف للأثبات . واذا كان الحمل ليس بيد احد يعتبر صاحبه من نقش اسمه او علامته عليه الا اذا أثبته غيره بالبينة .

تاريخ الارادة السلطانية في ٩ جمادى الاولى سنة ١٢٩٢

خلاصة الباب الرابع

الأقرار الكتابي

الأقرار الكتابي كالأقرار باللسان .

لايعمل بالسند الا اذا كان سالمًا من شوائب التصنيع والتزوير والشبهة . بناءً عليه اذا كتب المدين السند وأمضاه او أمضاه فقط او كتبه بخطه وختمه بخاتمه يعمل بمضمون السند .

لا تسمع دعوى المدين اذا قال ان الخط خطي والدين ليس بديني ولا يحلف الدائن .

يكلف ورثة الميت المدين اذا كانوا معترفين بسنده المرسوم وفقًا للعرف والعادة وتؤخذ قيمة السند من تركته والا فلا .

اذا ظهر في صندوق الميت كيس دراهم محرر عليه بخط الميت بأنه لآخر يعمل بأقراره ولو كان غير موقع عليه من الميت .

***

الخاتمة

فيما يتعلق بأحكام الصلح والأبراء والاقرار في القانونين الافرنسي والتركي والمقايسة بينهما و بين المجلة

عرّف القانون الافرنسي الصلح بأنه عقد يرفع النزاع الحاصل والذي سيحصل بالتراضي و ينعقد بالمكاتبة وهذا موافق لتعريف المجلة الا انه يشترط انعقاده خطاً لا شفاهاً وهذا من مقتضيات المدنية الحاضرة التي الجأت اجراء جميع العقود خطاً لعدم امكان اعتماد الشهادات . وقد أجاز هذا القانون عقد الصلح لكل من له اهلية ذلك واعطى هذا الحق للولي والوصي ضمن الحدود المعينة في المادتين (٤٦٧ و٤٧٢) . وأجاز الصلح ايضاً عن الحقوق الشخصية انما صرح بأن هذا الصلح لا يؤثر على الحقوق العامة (راجع المواد ٢٠٤٤—٢٠٤٦) .

وقد اوجب هذا القانون اعتبار الصلح بين العاقدين في الخصوص الذي عقد من اجله سواء صرح بذلك او تبين هذا التخصيص من سياق عبارة الصلح وجريان المعاملة وقبل التعهد بالقيام بالضرر والخسار ممن لا يقوم بأحكام الصلح وهذا يوافق ما ورد في المادة الرابعة والستين من قانون اصول المحاكمات الحقوقية لان الصلح وان كان يتضمن اسقاط بعض الحقوق الا انه لا يخرج عن كونه مقاولة يجب احترامها واعتبارها من المتقاولين وان الشروط المتفق عليها بين اثنين يجب احترامها مهما كانت كما هو مفهوم المادة الرابعة والستين المذكورة (راجع المواد (٢٠٤٧—٢٠٤٩) من القانون الافرنسي .

ومما هو جدير بالذكر ان الصلح عندنا لا يشمل غير المتصالحين ولو نص فيه شموله لغيرهما اذ ليس للأنسان ان يتصرف في ملك غيره بدون ولاية او وصاية .

ولا يسري الصلح على غير المتصالحين في القانون الافرنسي ايضاً (راجع المواد ٢٠٥٠—٢٠٥٢)

وقد جوزت المادة (٢٠٥٣) من هذا القانون فسخ الصلح اذا وقع بالاكراه او بحيلة او لسبب بذات الطرفين او لخطأ في المصالح عنه . وكذلك المادة (٢٠٥٤) فقد جوزت فسخ الصلح اذا وقع على دعوى مبنية على باطل الا اذا كان الطرفان قد عقدا الصلح وهما يعلمان البطلان فيمتنع عليهم الفسخ لهذا السبب وهذا غير معقول لأن ما بني على الباطل فهو باطل ولأن الأنسان

وان كان حراً بالتصرف في ماله بدون معارض ولا منازع الا ان الصلح سواء كان معاوضة او تمليك منفعة لا يخلو من مقابل فأذا بطل أساسه بطل الصلح ايضاً وقد ايدت المادة (٢٠٥٥) رأينا هذا بقولها « ان الصلح المعقود على أوراق تبين تزويرها باطل » . فأذا بطل الصلح بسبب ثبوت تزوير الأوراق فمن الأولى بطلانه اذا ثبت البطلان في الدعوى . وقد أجازت المادة (٢٠٥٧) من هذا القانون فسخ الصلح اذا ظهر بعده اوراق مكتومة عند احد الطرفين تؤيد عدم صحته كما وان المادة (٢٠٥٨) أجازت طلب تصحيح السهو الحاصل في الحساب الذي بني عليه الصلح . ومن تدقيق هذه المواد والتأمل بها يتضح بأن كتاب الصلح في هذا القانون لا يختلف عن قانوننا المدني الا بامور قليلة ولذلك يمكننا ان نقول ان روح التشريع في كل منهما واحدة واذا علمنا ان الشرع الاسلامي مقدم على وضع القود نابوليون وان نابوليون بونابرت لم يضع قوانينه المعلومة الا بعد ان عاد من مصر وان التاريخ يذكر حوادث عن هذا الداهية كثيرة من جملتها اخذه القوانين الاسلامية عن علماء مصر على مذهب الأمام الشافعي اتضح عندنا ان هذا الأتفاق لم يكن اثر صدفة واننا نترك ما ينتج عن ذلك من البحث والاعتراضات والتكذيب والتصديق الى صحائف التاريخ وذمته غير اننا لا يسعنا الا ان نقول ان القانون المؤخر لا يكون أساساً لما سبقه من القوانين . ولا يسعنا الا ان نقول ان ماتضمنه هذا القانون من الأبحاث بحق الصلح هي ناقصة عن مثلها في قانوننا لأن المدقق المتصفح لا يرى في كتاب الصلح في القانون الأفرنسي شيئاً عن الصلح عن الدعوى وعن الدين وعن الحق والصلح عن الأقرار والصلح عن الأنكار واحكام ذلك على وجه التفصيل . ولا شك ان عدم ذكر ذلك يجعل تشويشاً في القضاء لا سيما في الحكام الأجانب الذي جاؤوا لهذه البلاد ليطبقوا قانوننا فيها فلا يمكنهم ان يأتلفوا نظرياتنا بسهولة ويحكموا فيها أحكاماً موافقة للنظريات المدنية الأسلامية لعدم وجوه نظيرها في المدنيات الأوربية ، اقول هذا وأنا اتذكر انني تباحثت مع احد المحامين المتخرجين من البلاد الأجنبية كثيراً بحق الصلح عن الدعوى والصلح عن الحق ورأيته انه لا يفرق بين نتائجهما والحق بيده لأنه لم ير فيما قرأه في القوانين الأوروبية شيئاً يتعلق بذلك .

أما الأقرار فقد بحث عنه هذا القانون في المواد (١٣٥٤ — ١٣٥٦) فالمادة (١٣٥٤) قسمت الأقرار الى قضائي وغير قضائي والمادة (١٣٥٥) منعت اثبات الأقرار بالشهود اذا وقع خارج

مجلس الحاكم والمادة (١٣٥٦) بحثت عن الأقرار الذي يقع بحضور الحاكم وسمته اقراراً قضائياً ومنعت تقسيم هذا الأقرار وتجزئته ومنعت المقر من الرجوع عن أقراره الا اذا كان هنالك سهو او خطأ في أساس المصلحة . وهذا القدر من البحث فيما يتعلق بالأقرار لا اظنه يكفي لاحتياجات امة اعتادت على القانون المدني الأسلامي واذا قابلنا بين هذه المواد وبين ما ورد في كتاب الأقرار من المجلة نرى فروقاً لا يمكن اهمالها ولا العدول عنها لأنها جميعها تتعلق باحتياجات ضرورية لا كمالية .

وقد بحث القانون المدني الأفرنسي عن الأبراء عندما بحث عن سقوط الألتزامات وقال في المادة (١٢٨٢) بأن تسليم سند الدين الموقع بالصورة العادية الى المدين بالاختيار يثبت براءة ذمة المدين ولم يذكر شيئاً عن كيفية اثبات هذا التسليم وشكله وفيما اذا كانت البينة الشخصية تكفي لأثبات ذلك ام لا لأن مجرد تسليم السند بالأختيار لا يسقط الدين الثابت بالذمة لأن السند دليل التوثيق ليس الا والدين غير السند فلا يسقط الدين ولا تبرأ الذمة بمجرد تسليم السند . وقال هذا القانون في المادة (١٢٨٣) بأن تسليم صورة السند المصدقة يستدل منها على براءة المدين او ايفاء التعهد من قبله وهذا لا يأتلف مع نظرياتنا كما قلنا وقد ورد في المادة (١٢٨٤) بان تسليم السند العادي او صورة السند الرسمي الى احد المدينين المتكافلين بأداء الدين متسلسلاً يستلزم براءة باقي المدينين . وكذلك الأبراء فأذا أبرأ الدائن ذمة احد مديونيه من دينه تبرأ ذمة باقي المدينين اذا لم يبين الدائن حين الأبراء انه يحافظ حقه بالنسبة الى الباقين وهذه قواعد لا تنطبق على حقوقنا وعاداتنا وتعاملنا لأن الدين لا يملك الى غير المدين ولأن الأبراء ينحصر بمن وقع له دون سواه ولأن الأقرار يتجزأ عندنا خلافاً للنظريات الغربية وتسليم السند العادي وصورته المصدقة قد لا تكون ابراء ولا اقراراً بقبض الدين .

وقد جاء في المادة (١٢٨٦) من هذا القانون بأن تسليم الرهن الى الراهن لا يدل على ابرائه من الدين وهذا معقول لأن الرهن شرع لتوثيق الدين الثابت بذمة المدين والتوثيق من حق الدائن فأذا ترك حقه منه لا يكون هذا الترك موجباً لمؤاخذته بسقوط الدين . وقد ورد في المادتين (١٢٨٧ و١٢٨٨) بأن براءة الأصيل توجب براءة الكفيل والعكس لا وان الدائن اذا اخذ مبلغاً من الكفيل لتخليصه من الكفالة يحسب هذا المبلغ من دين الأصيل وتبرأ ذمته وذمة باقي كفلاؤه مما يعادله من الدين وهذه نظريات توافق المجلة لان الكفالة هي ربط ذمة بذمة

ولا تنقل الدين كما قلنامن مكانه المخصوص على ما اختاره جمهور الفقهاء فأذا قبض الدائن جانبًا من الدين من الكفيل يسقط حق مطالبته فيما قبضه من الأصيل والكفيل ·

اما القانون المدني التركي فأنه لم يبحث بصورة خاصة عن الصلح والأقرار والأبراء بل انه ادخل ذلك ضمن بعض الأبحاث كسقوط الديون بالتقاص والأداء وجعل اكثر ابحاثه في ذلك قريبة من القانون المدني الأفرنسي لذلك لا نرى لزومًا للبحث عنها بصورة مفصلة ·

— انتهى —



الكتاب الرابع عشر

(في الدعوى ويشتمل على مقدمة وبابين)

المقدمة

(في بيان الأصطلاحات الفقهية المتعلقة بالدعوى)

تصدير الدعوى امام المحاكم لتحصيل الحقوق قد اتفقت عليه الأمم في العصور الماضية وقال تعالى (لا تخف خصمان بغى بعضنا على بعض فأحكم بيننا بالحق ولا تشطط) وقال عليه الصلاة والسلام (لو يعطى الناس بدعواهم لأدعى قوم دماء قوم واموالهم) .

ويجب في الدعوى معرفة سبعة اشياء وهي : مشروعيتها وتعريفها وتقسيمها وركنها وشرطها وحكمها وسببها . فمشروعيتها ثابتة في الكتاب والسنة واجماع الأمة . وتعريفها وتقسيمها هو على ما جاء في المادة الآتية وركنها هو اضافتها للمدعي اذا كان اصيلاً او لمن هو قائم مقامه اذا كان وكيلاً او وليًا او وصيًا او متوليًا كقوله هذا المال لي او لموكلي او للصغير فلان الجاري بولايتي او بوصايتي او للوقف الفلاني الجاري بتوليتي . وشرطها هو كما جاء في المادة ١٦١٦ وحكمها لزوم اعطاء الجواب من المدعى عليه اقراراً او انكاراً . وسببها تعاطى المعاملات وهذا اما ان يرجع الى النوع كقول المدعي ان هذا المحل هو طريق عام واما ان يرجع للشخص كقول المدعي ان هذه الدار لي .

وقد شرعت لاستحصال الحقوق ورفع الفساد والأختلاف فمن الحقوق ما تستحصل بدون حكم كالقصاص والشتم واستلام المأجر ورفع الضرر واستيفاء الدين فلولي المقتول ان يقتل القاتل بالسيف — لا بدونه — وللمشتوم ان يشتم شاتمه بعين لفظة الشتم الذي شتمه به وللمؤجر

ان يفسخ المأجور ويحفظ امتعة المستأجر اذا انقضت مدة التواجر وترك المستأجر المأجور وذهب وغاب سنة كاملة وللجار ان يقطع اغصان شجرة جاره من المحل الواجب قطعها منه اذا اخذت هواء داره وكانت بحال لا يمكن لصاحبها ان يربطها ويشدها لداره ٠

وللدائن ان يأخذ مال مدينه الذي هومن جنس الدين وكذا الأجنبي بدون حكم الحاكم ٠ اما في زماننا فأن القصاص اصبح من الحقوق العامة والشتم جرم يستحق الجزاء فليس لولي المقتول قتل القاتل ولو بعد الحكم وليس للمشتوم شتم الشاتم وليس لصاحب الحديقة ان يقطع اغصان شجرة جاره اذا اضرت بحديقته وليس للمؤجر ان يستلم المأجور وليس للدائن ان يستوفي مالاً من جنس دينه بالجبر والشدة لأن ذلك كله موجب للجزاء واذا اخذ الدائن من غير جنس الدين فيكون استوفى ماله عند الأمام الشافعي ويضمن ضمان الرهن اذا تلف عند الأئمة الحنفية (بزازيه) ٠

ومن الحقوق ما لا يستحصل الا بحكم كحد القذف وحق التعزير فالمقذوف ليس له ان يقذف بالقازف بدون حكم الحاكم لغلبة حق الله به وكذا المضروب فليس له ان يضرب الضارب بدون حكم الحاكم واذا ضربه يجازى الضارب الأول اولاً والثاني ثانياً لأن الضارب الأول ظلم واحق بالتعزير (بحر) ٠

مادة ١٦١٣ [الدعوى هي طلب احد حقه من آخر في حضور الحاكم]٠

بلفظ يفيد الجزم قولاً او كتابة كقوله هذا الحق لي او لموكلي او للصغير الجاري بولايتي وشرطها حضور الحاكم وينبغي ان يكون الحكم كالقاضي فيما يجوز به التحكيم بشروطه فأذا ادعى المدعي بحضور غير الحاكم وانكر المدعي عليه لا يحلف واذا سكت لا يعد مقراً او منكراً واذا نكل عن حلف اليمين لا يعتبر ناكلاً مقراً او بازلاً ٠ ويجب في الدعوى طلب الحق وهذا يشمل الأعيان كقول المدعي هذه الدابة لي والدين كقوله لي بذمة فلان الف قرش اطلبها ويشمل حق العدم وهو طلب منع المعارضة كقوله هذه الدار لي وفلان يعارضني بها اطلب منع معارضته لي ولا تسمع دعوى قطع النزاع كقوله له (كنت مديناً لفلان بألف قرش وقد دفعتها له فأطلب احضاره وان انكرا طلب تكليفي لأثبات دعواي) لأن المدعي عليه بقوله هذا قد اقر بحق للمدعي ويدعي الأداء فلا تسمع دعواه لأن المدعي لا يجبر على اقامة دعواه (تكملة) ٠

ولا بد من اضافة المدعي الدعوى لنفسه او لمن هو تحت ولايته او تحت وصايته فلا تسمع دعواه اذا قال ان هذا المال ليس بملك فلان اطلب رفع يده عنه ولا يسئل المدعى عليه عن دعوي المدعي هـذه ٠ ولا بد من ان تكون الدعوى بلفظ يدل على الجزم واليقين فلا تسمع دعوى المدعي اذا قال اظن ان لي قبل فلان كذا ٠ وكذا دفع الدعوى فأنها دعوى لأن المدعى عليه اذا قال دفعت ما علي من الدين او ابرأتني منه فقوله هذا دفع والدفع دعوى تفيد التمليك لأن الديون تقضي بأمثالها لا بأعيانها ٠

[ويقال للطالب المدعي وللمطلوب منه المدعى عليه] وقد اختلف الفقهاء بتعريف المدعي والمدعى عليه فقد عرفها في التنوير والغرر بأن المدعى من لا يجبر على الخصومة والمدعي عليه يجبر عليها وهذا احسن ما قيل فيهما وهو الموافق لتعريف المتن وقيل المدعي من لا يستحق الأ ببينة والمدعى عليه من يكون مستحقاً بلا حجة اذ بقوله هو لي يكون له وقيل المدعي من يلتمس خلاف الظاهر وهو الأمر الحادث والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر ٠ ومن اهم مسائل الدعوى معرفة المدعي والمدعى عليه لأن كثيراً ما يكون كلام المدعي بصورة الدعوي وهو في الحقيقة انكار كما هو الحال في المودع والوديع فأذا ادعى الوديع رد الوديعة يكون مدعياً بالصورة الظاهرة الا انه ينكر الضمان ولذا فهو مدعى عليه فيحلف على انه لا يلزمه الضمان لا على رد الوديعة والمودع وان كان منكراً الا انه يدعي مشغولية ذمة الوديع وهو مدع لأن العبرة للمقاصد والمعاني (مجمع الأنهر) ٠

الدعوى اما صحيحة وهي الدعوى التي يترتب عليها احضار الخصم ومطالبته بالجواب والأثبات بالبينة وطلب التحليف عند الأنكار واحضار المدعى عليه ٠ واما فاسدة وهي الدعوي الصحيحة اصلاً وغير الصحيحة وصفاً كالدعوي بالمجهول وهي قابلة للتصحيح ٠

واما باطلة وهي الدعوى غير الصحيحة والتي لا تقبل التصحيح ولا يترتب عليها حكم كالدعوي بطلب الصدقة من الغني ودعوى الوكالة اذا انكرها الموكل ٠

مادة ١٦١٥ [المدعى هو الشيء الذي ادعاه المدعي ويقال له المدعى به أيضاً ٠

المدعى كلمة فصيحة لغة الا انها مهجورة وكلمة المدعى به اشهر استعمالاً ٠

مادة ١٦١٥ [التناقض هو سبق كلام من المدعي مناقض لدعواه أي سبق كلام موجب لبطلان دعواه] .

وفي اللغة التناقض التدافع ويقال تناقضا تدافعا اي كل واحد منهما نقض الآخر وتناقض في كلامه واذا كان التناقض بالبعض يقتضى ابطال ذلك البعض فقط . ولا يشترط وقوع الكلامين المتناقضين في مجلس القاضي لذلك لا فرق بين ان يتناقض المدعي في كلامه بحضور القاضي وفي كلامه الذي قاله خارج مجلس القاضي اذا ثبت قوله هذا بدليل قانوني الا ان المتناقض يجب ان يكون شخصاً واحداً او بمثابة الشخص الواحد كالموكل والوكيل والوارث والمورث .

والتناقض اما ان يقع بين الكلامين كما ورد ذلك في متن هذه المادة او بين فعل وكلام او سكوت وكلام كالمدعي اذا ادعى مالاً كان اشتراه قبل الدعوى او المدعي اذا ادعى مالاً وكان قبل الدعوى رأى ولده وهو يبيعه وسكت الا ان المجلة عرفت التناقض الحاصل بين القولين وسكتت عن التناقض الحاصل بين فعل وكلام او سكوت وكلام لأن التناقض القولي هو التناقض المشهور والكثير الوقوع .

« الباب الأول »

(في شروط الدعوى واحكامها ويشتمل على اربعة فصول)

﴿ الفصل الأول ﴾

(في بيان شروط صحة الدعوى)

ينبغي للمدعي ان لا يقدم على تقديم دعوى لا يعرف شروطها وللحاكم اذا رأى ان المدعي لا يعلم كيف يصور دعواه يأمر من يعلمه ذلك (بحر) .

شروط الدعوى هي : اولاً عقل الطرفين ثانياً معلومية المدعى عليه ثالثاً اقامتها بحضور الخصم رابعاً معلومية المدعي به خامساً ان لا يعتبر الأقرار سبباً للملك سادساً ان تكون الدعوى محتملة الثبوت سابعاً امكان حكم المدعى عليه بشيء عند ثبوت الدعوى ثامناً ان تكون الدعوى في مجلس القضاء تاسعاً ان تكون عارية عن التناقض .

مادة ١٦١٦ [يشترط] لصحة الدعوى [ان يكون المدعي والمدعى عليها عاقلين فدعوى المجنون والصبي الغير المميز ليست بصحيحة] .

وكذا لو كانت الدعوى عليهما فجوابهما غير صحيح بخلاف الصبي المميز المأذون في الخصومة لأن غير المأذون لا تصح دعواه كسائر تصرفاته الدائرة بين النفع والضرر [ولكن يصح ان يكون اولياؤهما واوصياؤهما مدعين او مدعى عليهم في محلهما] واذا كان للمدعي بينة على الصبي المحجور وكان المدعي يدعي فعل الصبي فيجب احضاره مع وليه او وصيه لمجلس الحاكم الا اذا كان رضيعاً (بحر) .

لأن المدعي اذا ادعى فعلاً على الصغير المحجور كالغصب والكسر فله احضاره لأن الصبي مأخوذ بأفعاله وان لم يكن مأخوذاً بأقواله والشهود محتاجون للأشارة اليه ويحضر معه وليه ووصيه حتى اذا حكم عليه بشيء يؤمر الأب او الوصي بالأداء عنه في ماله واذا كان المدعي يدعي بفعل او قول عن الصبي وقع بمباشرة الولي او الوصي او بمباشرة مورث الصبي فلا يجب

احضاره لمجلس القاضي ولا بد من اثبات مثل هذه الدعاوي بالبينة لعدم امكان توجيه اليمين على الولي والوصى والصغير المحجور واذا كان الصغير مأذونا وحلف اليمين فلا يحلف عند محمد حين بلوغه خلافاً لقول بعض الفقهاء اذ قالوا بعدم صحة تحليفه وعدم حنثه عند محمد وعندي ان المميز المأذون له ان يدعي و يدعى عليه وان يحلف اليمين .

مادة ١٦١٧ [يشترط ان يكون المدعى عليه معلوماً] لأن الفائدة من الدعوى هي الزام المدعى عليه والحكم بما ادعى به عليه ولا يتحقق الألزام والأستشهاد بالمجهول .

[بناءً عليه اذا قال المدعي لي على احد من اهل القرية الفلانية او على اناس من اهلها مقدار كذا لا تصح دعواه و يلزم عليه تعيين المدعى عليه] .

ومن هذا القبيل ما في الحامدية وهو ان ورثة زيد المقتول ادعوا على خمسة اشخاص معلومين بأنهم ضربوا ببندقيتين فأصابت احدهما زيداً في خاصرته اردته قتيلاً ولم يعلموا من هو الذي اطلق الرصاص منهم لا تسمع دعواهم ولا بينتهم — خلافاً لما جاء في المادة ١٨٤ من قانون الجزاء — وكذا اذا ادعى بأنه عم الميت لا تسمع دعواه الا ان يفسر بأنه عم لأب او عم لأب وام . و يشترط في دعوى الوراثة ان يقول المدعي بأنه وارث المتوفي لا وارث له سواه (عماديه وتنقيح . ويجوز ان يكون المدعى عليه واحداً وجماعةً ولو قوماً محصوراً او غير محصور ولا يشترط على المدعي معرفة اسم المدعى عليه فأذا احضره لمجلس القاضي واشار له تسمع دعواه و بينته .

مادة ١٦١٨ [يشترط حضور الخصم حين الدعوي] والشهادة والحكم لأن الخصم اذا لم يحضر لا يعلم فيما اذا كان يقر بدعوى المدعي او ينكرها ولأنه لا يقضى على غائب سواء كانت الدعوى تتعلق بحقوق العباد او بحقوق الله كالطلاق بناء عليه ليس للقاضي ان يحكم بطلاق امرأة من زوجها بشهادة شاهدين بدون سبق دعوى وحضور الخصم واذا حكم لا يصح حكمه (علي افندي) . وقد اختلف بجلب المدعي عليه جبراً وعدم جلبه فقال بعض الفقهاء اذا كان المحل الذي يبيت فيه المدعي عليه قريباً من المحكمة حيث يأتي للمحكمة و يعود لداره دون ان يتأخر عن وقته من تناول العشاء يجبر على الحضور والا تسمع اولاً شهادة شهود المدعي او يحلف المدعي اليمين على دعواه ثم يستحضر المدعي عليه لمجلس الحاكم واني ارى ان هذا موافق للأنصاف واقرب للعدل وان كان لا يمكن وقوعه في زماننا بالنظر لأصول المحاكمات

الحقوقية، امكان رؤية الدعوى بحق المدعى عليه غياباً وعدم سماع اعتراضه على الصلاحية بدون حضوره ولا يجاب الزوج بدلاً من زوجته ولا القريب بدلاً من قريبه لرؤية الدعوى بدون التوكيل ولا يشترط حضور المدعى عليه الا اذا كان خصماً في الدعوى اصالةً كمن امر آخر بدفع ما عليه من الدين وانكر الامر والدين والدفع فللدافع اقامة دعواه واثباتها بحضور الآمر المنكر واذا اثبت دعواه الدين والامر والدفع يسري الحكم بذلك على القابض ايضاً . وكذا اذا ادعى المدعي على المدعى عليه بأنه كفل له كل ماله بذمة زيد وانكر المدعى عليه الكفيل دعواه الكفالة والدين حكم له ببرهانه على الكفيل ويسري هذا الحكم على المدين الغائب . يستثنى من ذلك كتاب القاضي وهو ان المدعي يراجع قاضي بلدته ويدعي بأن له بذمة زيد المقيم في قضاء آخر مبلغاً معلوماً وان شهوده مقيمون في هذه القصبة ولا يمكنه اخذهم لقصبة المدين ويطلب من القاضي ان يضبط شهادتهم بعد استماعها وان يحرر لقاضي تلك البلدة ذلك فالقاضي يسمع له شهوده بدعواه ويضبط شهاداتهم ويزكيها سراً وعلناً ويرسلها لقاضي بلد المدعي عليه .

[واذا امتنع المدعى عليه من المجيء الى المحكمة وارسال وكيل عنه اليها فالمعاملة التي تجري في حقه ستذكر في كتاب القضاء] .

ظهر مما تقدم ان الحاكم يسمع دعوى المدعي ودفع المدعى عليه ودليل هذا قوله عليه الصلاة والسلام لعلي حينما ارسله قاضياً على اليمن (اذا تقاضى اليك رجلان فلا تقض للأول حتى تسمع كلام الآخر فسوف تدري كيف تقضي .

مادة ١٦١٩ [يشترط أن يكون المدعى به معلوماً ولا تصح الدعوى اذا كان مجهولاً] لأن الغرض الزام المدعى عليه عند اقامة البينة او الأنكار والنكول عن حلف اليمين ولا الزام فيما لا يعرف جنسه وقدره وفي البحر لا بد من بيان الوزن في الموزونات وفي الرمان والسفرجل لا بد من ذكر الوزن وانه حامض او حلو وفي القطن يشترط بيان انه بخاري او خوارزمي وفي الحناء لا بد من انه مدقوق او ورق وان ادعى ذهباً لا بد من بيان نوعه ان كان مضروباً او غير مضروب وصفته ان كان جيداً او وسط او رديء وان ادعى ارثاً لا بد من بيان حصته عندما يؤل الأمر بطلب تسليمها والا لا يجبر الخصم على الجواب ولا يحلف على دعوى المدعي ولا تقبل بينته وهذا شرط بالدعوى ودفع الدعوى . فالدفع ايضاً لا يسمع بالمجهول

لذلك اذا ادعى المدعى مالاً من آخر لاتسمع دعواه مالم يبين جنسه وقدره وكذا اذا ادعى خيانة شريكه له في مال الشركة يطلب منه بيان مقدار الخيانة والا لاتسمع دعواه ٠ وكذا اذا ادعى بأن وصيه كان سرق مالاً من تركة ابيه وطلب من الوصي بيان مقدار ماسرق له والا فتحليفه اليمين بانه لم يأخذ ولم يسرق شيئاً لاتسمع دعواه مالم يبين المال المدعى به ومقداره وجنسه ٠ وكذا لاتسمع دعوى غرماء المدين المتوفي على الورثة بأنهم لم ياخذوا شيئاً من مال التركة ٠ ولا تسمع دعوى مدعى الوصية قبل ان يبين مقدارها ولا دعوى الدفع بدون بيان المقدار المدعى دفعه ٠ وتسمع دعوى الرهن المجهول والغصب المجهول والاقرار بالمجهول والأداء بالمجهول الوارد ذكرهم في المواد ١٦٢١ و ١٥٧ و ٩٦٧ من المجلة فاذا ادعى المدعى بان له في ذمة المدعى عليه الف قرش وان المدعى عليه كان اقر بأنه مدان له تسمع دعوى المدعى ويكلف المدعى عليه لبيان مقدار الدين اذا اثبت هذا الأقرار بدليل قانوني لان الجهالة جائت من جهة المدعى عليه لا من جهة المدعي وكذا تسمع دعوى الوصية المجهولة كقول المدعي ان مورث المدعى عليه كان حال حياته اوصى لي بربع تركته فيكلف المدعى عليه الوارث لبيان مقدار التركة لأن الجهالة حصلت من مورثه وهو قائم مقامه وهذه المسائل مستثناة من هذه المادة ٠

مادة ١٦٢٠ [معلومية المدعى به] اولاً [بالأشارة] ثانياً [بالوصف والتعريف]

[وهو انه اذا كان عيناً منقولاً وكان حاضراً في مجلس المحاكمة فالأشارة اليه كافية] لأن الاشارة ابلغ اسباب التعريف والمراد بها الاشارة باليد فيقول هذه العين لي اما الأشارة بالرأس لاتكفي الا اذا علم بأن المقصود بها هو الاشارة الى العين المدعى بها ٠

[وان لم يكن حاضراً] يستحضر ويشار اليه اذا كان احضاره لايحتاج الى مصرف والا [فبالوصف والتعريف وبيان قيمته يكون معلوماً] ٠

ويشترط بيان الوصف والتعريف وبيان القيمة في المدعى به الموجود اذا طلبه المدعى عيناً اما اذا كان المدعى به هالكاً فيكفي تعيين قيمته في الدعوى ولا تكفي هذه الشروط في كل الدعاوي لأن دعوى الايداع لايكفي لصحتها بيان الوصف والتعريف والقيمة بل تحتاج الى

تعيين مكان الايداع ودعوى القرض تحتاج لبيان مكان القرض وصفة المقروض وفيما اذا كان القرض من مال المقرض او ان المقرض وكيل بالاقراض .

وفي دعوى سوم الشراء يجب بيان الثمن المسمى حين السوم وفي دعوى اجازة العقد الفضولي يجب بيان وجود المبيع بيد المشتري وزواج الثمن وقت الاجازة وذكر كون الفضولي قبض ثمن المبيع

وفي دعوى الشراء لايحكم بتسليم المبيع للمشتري الا اذا ادعى بأنه اشترى معجلاً ودفع الثمن او مؤجلاً او معجلاً واستلم المبيع قبل دفع الثمن برضاء البائع وان البائع استرده منه والا تسمع دعواه بالشراء ولا يحكم له باستلام المبيع

وفي دعوى تسليم الحنطة المباعة على وجه السلم لابد من ذكر شرائط السلم لأن كل سبب له شرائط كثيرة لابد من بيان شرائطه وكل سبب ليس له شرائط كثيرة لا يحتاج لبيان شرائطه كالبيع فيكفي فيه بيان كون المدعى به ناشئاً من سبب بيع صحيح (ردالمحتار) وفي دعوى العقد من بيع وايجار ووصية وغيرها لابد من بيان الطوع والرضاء لاحتمال الاكراه وفي ذكر التخارج والصلح عن التركة لابد من بيان انواع التركة وتحديد العقار وبيان قيمة كل نوع منه ليعلم ان الصلح لم يقع على ازيد من قيمة نصيب الخارج لأنهم اذا صالحوا المدعى على ازيد من نصيبه لم يجز عندهم وفي البيع مكرهاً لا حاجة لتعيين المكره وفي دعوى الطريق في دار الآخر لابد من بيان طوله وعرضه وموضعه من الدار وفي دعوى المسيل في دار الآخر لابد من بيان نوع المسيل فيما اذا كان مسيل مطر او غيره وبيان موضعه وفي دعوى البيع والتسليم بالاكراه ينبغي ان يقول المدعى بعته مكرهاً وسلمته مكرهاً ولي حق فسخه واذا كان قد قبض ثمنه يجب ان يقول انه قبض ثمنه مكرهاً ويبرهن على كل ذلك وفي دعوى الايداع لابد من بيان مكان الايداع سواء كان محتاجاً لحمل ام لا لأن الوديع لايكلف لتسليم الوديعة الا في المحل الذي استلمها فيه وفي دعوى الغصب يحتاج لبيان مكان الغصب ان كان المغصوب يحتاج الى حمل والا فلا لأن مؤنة رد المغصوب لمكان الغصب على الغاصب وفي دعوى غصب غير المثلي يجب بيان قيمته يوم الغصب وفي دعوى الوديعة المستهلكة يجب بيان الاستهلاك وفي دعوى طلب قيمة الوديعة لموت الوديع مجهلاً يجب بيان قيمتها يوم وفاة الوديع وفي دعوى القطن يجب بيان محل حصوله كمصر او اطنه او ازمير وفي دعوى الرهن يجب طلب تسليم المرهون واعادته لدفع الدين ولا يجب

بيان محل الرهن لأن المرتهن مجبور على تسليم المرهون الى الراهن كالمستعير وفي دعوى بدل المغصوب الهالك يجب بيان فيما اذا كان قيمياً او مثلياً ولا تحتاج دعوى الغصب لبيان الملك وسببه لان اخذ المال من يد المغصوب منه دليل على حقه في الدعوى وفي دعوى شراء مال المتوفى من الوصي بعد وفاته على المشتري يجب بيان جنس المال ووصفه وقيمته يوم البيع ان كان هالكاً وفي دعوى غصب النقود غالبة الغش واستهلاكها يجب بيان قيمتها ان كانت منقطعة الرواج وقت الدعوى وفي دعوى تضمين ورثة الشريك الذي مات مجهلاً يجب بيان فيما اذا كان المدعى به رأس مال الشركة او المال الذي اشترته الشركة برأس مالها لأن رأس مال الشركة من النقود هو مثلي والأموال التي تشتريها الشركة ربما كانت مثلية او قيمية وفي دعوى تضمين ورثة المضارب الذي مات مجهلاً يجب بيان فيما اذا كان مال المضاربة نقداً او عروضاً وقت الوفاة وكذا الحكم في البضاعة وفي دعوى القسمة يجب بيان فيما اذا كانت رضائية او قضائية وفي دعوى البناء وغرس الاشجار من آخر في عرصة المدعى يجب بيان نوع البناء من حجر او من خشب وفي دعوى المكيلات يجب بيان الجنس والنوع والقدر والوصف كقوله كذا كيل شامي من الحنطة السقي او البعل الحورانية اوالبياضية او عين غرة .

وفي دعوى الحيوان يجب بيان لونه وسنه وذكورته وانوثته عند بعض الفقهاء وعند البعض الآخر فلا حتى ان المدعى اذا بين بعض علامات في الحيوان وشهد له الشهود على دعواه ثم ظهر ان علامات الحيوان تخالف العلامات المبينة في الدعوى والشهادة لا يحكم ببطلانها .

[واذا كان عقاراً يعين ببيان حدوده وان كان ديناً يلزم بيان جنسه ونوعه ومقداره كما يتضح في المواد الآتية] واذا كان المدعى به مثلياً كالعنب مثلاً يجب بيان قدره ووصفه ونوعه كقوله كذا رطلاً من العنب الديراني الجيد . واذا ادعى بالمثلي في غير موسمه فاذا ادعى بطلب مثله ردت دعواه واذا طلب قيمته سأله الحاكم عن سبب الدين لانه اذا كان ثمن مبيع يكون البيع منفسخاً بسبب انقطاع الثمن من بين ايدي الناس وان كان سلماً او قرضاً مستهلكاً فللمدعى الانتظار الى الموسم الاتي والا اخذ القيمة .

مادة ١٦٢١ [اذا كان المدعى به عيناً منقولاً غير هالك وحاضراً بالمجلس

يدعيه المدعى بقوله هذا لي مشيراً اليه وهذا الرجل قد وضع يده عليه بغير حق فاطلب اخذه منه] .

ولا يحتاج المدعى في دعواه هذه لبيان الوصف والتعريف لأن الاشارة ابلغ من التوصيف وكذا الشهادة اما اذا كان المدعى به غير موجود يجب بيان وصفه وجنسه ونوعه كما مر ذكر ذلك في المادة السابقة واذا كان المدعى به عيناً هالكة يكتفى ببيان قيمته لأن القيمة تكفي في المنقولات الهالكة حتى اذا ادعى رجل على آخر بشق ثوبه او جرح دابته يكفيه في الدعوى بيان قيمة النقص الحاصل بسبب شق الثوب وبسبب جرح الدابة ولا يكلف لأحضار الثوب والدابة للمجلس لأن المدعى به هو جزء فائت من الثوب والدابة .

ويجب على المدعى ان يقول ان المدعى به في يد غيره بدون حق لاحتمال كونه مرهوناً او محبوساً بمقابل الثمن ويجب اثبات وضع اليد في العقار وفي المنقول فلا لأن وضع اليد على المنقول مشاهدة محسوسة وعلى العقار غير محسوسة فتطلب البينة من واضع اليد او من خصمه دفعاً للمواطئة ومساواة لدعوى المنقول ويكتفى بدعوى المنقول قول المدعى ان المدعى عليه قد وضع يده عليه بغير حق . وفي البحر لايكلف الشهود حين الشهادة على المنقول لبيان كون المدعى عليه واضعاً يده عليه ويجب على المدعى ان يطلب في الدعوى اخذ المدعى به من المدعى عليه وتسليمه له سواء كان عقاراً او منقولاً لأن المدعى قال في دعواه ان المبيع في ملكه على سبيل الحكاية فلا بد من طلب رفع يد المدعي عليه عن المدعي به وتسليمه له تأييداً لملكيته فيه .

[وان لم يكن حاضراً في المجلس ولكن يمكن جلبه واحضاره بلا مصرف يجلب الى مجلس الحاكم ليشار اليه في الدعوى واليمين والشهادة]

فما يمكن احضاره هو العنبر والمسك والزعفران القليل والساعة والخاتم وما شابه ذلك واذا احضر المدعي عليه الشيء الى مجلس القاضي فشهدوا بأنه ملكه يجوز لأن اللام للتمليك وينبغي للقاضي ان يكلف المدعى عليه لاحضار العين فأن ابى حبسه شهرين فان احضر عيناً من ذلك الجنس قال للمدعي ان هذا لذي ادعيته فأن صدقه اخذه وان كذبه يكلف المدعي عليه

لاحضار عين اخرى الى ان يوافقه المدعى في ذلك فأن عجز المدعى عليه وظهر عجزه يقضى عليه بالقيمة والقول قوله فيها (خانية) ۰ واذا قال المدعي عليه ان الساعة التي ادعاها المدعى هي في يدي او في داري لايكلف لأحضارها ويحكم عليه بتسليمها عيناً لأقراره بوجودها ۰

واذا ادعى المدعى وجود المدعى به وانكر المدعى عليه دعواه فأقام البينة على ان المدعى به كان في يد المدعى عليه قبل سنة تقبل بينته ويكلف المدعى عليه لاحضار المدعى به لمجلس الحكم الا اذا اثبت المدعى عليه هلاك المدعى به او خروجه من يده بعد ذاك التاريخ فلا يكلف لأحضاره ۰ وقد قال بعض الفقهاء بأن المدعي عليه لايكلف لأحضار المدعي به بهذه الشهادة لأنها استصحاب والاستصحاب حجة دافعة لا مثبتة فوجود المدعي به في يده في الماضي لايثبت وجوده في يده في الحال ويجبر المدعى عليه على احضار المدعي به لمجلس الحاكم الا اذا كان وديعاً فأنه يكلف لاحضار الوديعة لمجلس القاضي لدفعها للمودع

[وان لم يكن احضاره ممكناً عرفه المدعى و بين قيمته] كعشرة امداد حنطة وعلى قول مالا يمكن نقله من مجلس لمجلس آخر بيد واحدة فما لايمكن نقله هو المدعى به الهالك او مايحتاج الى الحمل والمؤنة او ما كان مكان وجوده مجهولاً ۰ وقد قال بعض الفقهاء بأن المدعى به اذا كان احضاره غير ممكن ذهب الحاكم لمحل وجوده واشار له بالدعوى والشهادة واليمين ولا يكتفى ببيان الجنس والوصف والقيمة ۰ واذا امكن احضار المدعى به للمحكمة ولم يمكن ادخاله من باب غرفة الحاكم كالدابة والجمل احضره الحاكم لبهو المحكمة وسمع الدعوى والشهادة عليه واذا لم يمكن احضاره والذهاب لمحل وجوده لهلاكه عرفه المدعى و بين قيمته لأن الأعيان تتفاوت والشرط ان تكون الدعوى في معلوم وقد تعذر مشاهدته فوجب ذكر قيمته لأنها خلف عنه ۰ ويشترط مع ذكر القيمة ذكر الذكورة والأنوثة وذكر النوع كالفرس والحمار ۰ واذا وصف المدعى المدعي به واحضره المدعي عليه وظهر بان اوصافه تخالف الأوصاف التي بينها المدعي ينظر فأذا ترك المدعى دعواه واشار بدعوى ثانية الى المدعى به تسمع دعواه والا فلا [ولكن لايلزم بيان قيمته في دعوى الغصب والرهن مثلاً لو قال غصب خاتمي الزمرد تصح دعواه وان لم يبين قيمته او قال لايعرف قيمته] لأن الانسان ربما لايعرف قيمة ماله فلو كلف لبيان قيمته لتضرر والفائدة من صحة الدعوى هي توجيه

اليمين على الخصم اذا انكر والجبر على البيان اذا اقر ونكل عن اليمين وفائدتها سماع البينة فيها وامكان حبس المدعى عليه لتسليم المدعى به لا الحكم بعين المدعى به وقيمته والقول في قيمة المغصوب والمرهون للغاصب والمرتهن مع اليمين اما اذا ادعى المدعي قطع عنبه من كرمه فلا بد من بيان نوع العنب ووزنه لأنه مثلي و بيان ذلك في المثلي شرط لصحة الدعوى ولا بد بدعوى قطع الحطب من بيان نوعه وان كان قيمياً لأن القيمة تتفاوت بتفاوت النوع والصفة واذا شرط ذلك في الدعوى شرط في الشهادة ليتصور الحاكم مايحكم به للمدعي ·

وتسمع دعوى المدعي بأنه استقرض من المدعى عليه عشرين ليرة ورهن ساعة عنده فيطلب رد الساعة بعد قبض المبلغ فتسمع دعواه ويسأل المدعي عليه عن الساعة المرهونة فان اقر بها كلف لتسليمها وان انكرها كلف المدعى لأثبات الرهن والتسليم فان اثبت دعواه حبس المدعى عليه الى ان يقر بالمرهون ·

ولا بد من تفريق دعوى الغصب من دعوى ازالة اليد فدعوى الغصب هي ان يقول غصبَ مني كذا اما لو قال هذا ملكي وذي اليد احدث يده عليه بغير حق فلا يكون قد ادعى الغصب على ماجاء بقانون حكام الصلح والفرق بين الدعوابين ظاهر ومعلوم (راجع المادة ٢٤ وما بعدها من مواد قانون حكام الصلح) ·

مادة ١٦٢٢ [اذا كان المدعى به اعياناً متخالفة الجنس والنوع والوصف] كخمسة روُس من الخيل ورأس غنم غير حاضرة في المجلس [يكفي في الدعوى والشهادة ذكر مجموع قيمتها ولا يلزم تعيين قيمة كل منها على حدة] ويجب بيان اوصاف المدعى به الا اذا كان مثلياً فيجب بيان مثله على ماجاء في الماده ١٦٢٠ واذا ادعى قيمة شيءٍ مستهلك اشترط بيان جنسه ونوعه في الدعوى والشهادة ليعلم القاضي بماذا يقضى على المدعى عليه ·

مادة ١٦٢٣ [اذا كان المدعى به عقاراً] كالعرصات والأراضي او ما هو يحكم العقار كسكنى الدار والعقار العلوي اذا كان المدعى عليه منكراً ملكية المدعي به [يلزم ذكر بلده وقريته ومحله وزقاقه وحدوده الأربعة او الثلاثة واسماء اصحاب حدوده ان كان لها اصحاب واسماء آبائهم واجدادهم] عند الأمام واذا كان احد حدوده جارياً في

ملك ورثة ميت يجب بيان اسم الورثة ونسبهم [١] لأن العقار لاينقل لمجلس القاضي ولا يشار اليه فوجب تعريفه وتوصيفه والتعريف والتوصيف لايكون الا بما ذكر في هذه المادة . ولا بد من بيان كون المدعي عليه واضعاً يده عليه بغير حق لأن الخصم بدعوى العقار هو واضع اليد ولربما كان العقار تحت يد المدعى عليه برهن او ايجار واذا كان المدعى به جزءاً شائعاً من عقار يكفي فيه ذكر الجزوء المدعي به في الدعوى والشهادة ولاحاجة لذكر الكل عند بعض الفقهاء . وقد ذكرت المجلة البلدة ثم القرية ثم الزقاق ثم الحدود لأنها بدأت بالأعم ثم بالاخص [٢]

واذا ادعى المدعى عشرة قطع من الأراضي وذكرحدود تسعة منها وترك حدود العاشرة تقبل دعواه اذا كانت القطعة العاشرة في وسط القطع الباقية والافلا وفي جامع الأجارتين اذا ادعى متولي الوقف قطعة ارض لم يبين حدودها في الدعوى ترد دعواه للجهالة ولا يلزم المدعى عليه بشيء و يجب بيان حدود المدعى به المحيطة به فلا يجوز ذكر احد حدود المدعى به بشجرة مغروسة فيه لأن ذلك ان كان ضمن حدود المدعى به لايصح وان كان خارج الحدود لايصح ايضاً لأن الشجرة لاتحيط بالحد كله والفاصل يجب ان يكون محيطاً بكل المدعى به . ويكتفي ببيان الحدود الثلاثة لأن للأكثر حكم الكل فيجعل الرابع بأزاء الثالث حتى ينتهي الى مبدأ الحد الاول وكذا الحكم بالشاهد فأنه كالمدعي فاذا ذكر الحدود الثلاثة وترك الرابع صحت شهادته واذا كان الحد الرابع ملك اثنين فيكفي ذكر احدهما ولو كان تمام الحد المسكوت عنه مسجداً الا اذا ذكر الحد الرابع غلطاً بالدعوى او الشهادة فأن ذلك يوجب رد الدعوى لأن المدعي به يختلف باختلاف الحد الرابع كالدعوى والشهادة بالبيع بدون تعيين الثمن تسمع الا اذا ذكر الثمن واختلف المدعى والشاهد بمقداره ردت الشهادة واذا قال المدعى انه لا يعرف اسماء اصحاب الحدود ثم بينهم تسمع دعواه بدون توفيق ولا تسمع دعواه ببيان الحدود واصحابها اذا قال .

---

[١] لأن الورثة مجهولون منهم ذو فرض ومنهم ذو عصبة ولو قال لصيق دار من تركة فلان ابن فلان ابن فلان لكفى .

[٢] لو طلب المدعى من القاضي وضع المنقول في يد عدل فان كان المدعي عليه عدلاً لايجيبه وان كان فاسقاً اجابه وفي العقار لايجيبه الا في الشجر الذي عليه ثمر (راجع قانون الحارس القضائي) .

اولاً انه لايعرف حدودها • ولا يلتفت الى قول المدعى عليه ان الشهود والمدعى غلطوا ببيان الحدود لأن قوله انكار الا اذا كذب المدعي شهوده وبين حدوداً غير الحدود التي بينوها او اقر الشهود بعدم معرفتهم الحدود (بحر ورد المحتار) وتسمع الشهادة اذا غلط الشاهد ووفقها شهادته وتقبل بان قال مثلاً الحد الرابع هي ارض زيدٍ ثم قال نعم كانت لزيدٍ ثم اشتراها عمرو •

ويجوز للمدعى والشاهد ان يحدد المدعى به بذكر اسم واضع اليد على العقار الكائن لصيق العقار المدعى به اذا كان صاحبه غير معلوم فيقول من الجهة الفلانية عقار بيد فلان ابن فلان ابن فلان (بحر) وفي رد المحتار اذا كان احد اطراف العقار المدعى به عقار وقف يجب على المدعى والشاهد ان يبين اسم الواقف واسم ابيه وجده والموقوف عليه •

وكذا الطريق والنهر والسور والخندق تصلح حداً عند الامامين ويصح التحديد بذكر اصحابه ولو كانوا يملكون في القرية قطعاً كثيرة غير القطعة التي هي حدود القطعة المدعى بها وكذا اذا ادعى سكنى الدار وبين حدودها صحت دعواه وان كانت سكني الدار نقلياً لأنه لما اتصل بالارض اتصال تأبيدٍ كان تعريفه بما به تعريف الأرض اذ في سائر النقليات لايعرف المدعى به بالحدود لأمكان نقله لمجلس القاضي خلافاً لسكنى الدار فان نقله لايمكن وكذا البناء العلوي يحدد بتحديد البناء السفلي لأن السفل اصل والعلو تبع وتحديد الأصل اولي من تحديد الفرع ولو جعل بعض الحدود ارض المملكة يصح لأنها في يد السلطان بواسطة نائبه (تكمله) وفي البزازية اذا كان احد الحدود او جميعها متصلاً بملك المدعى لايحتاج الى ذكر الفاصل بخلاف اتصاله بملك المدعى عليه او ملك الغير • واذا ذكر ثلاثة حدودٍ وقال في الحد الرابع ملك المدعى عليه ولم يذكر الحد الفاصل يصح لأنه كالسكوت عن الحد الرابع • وفي دعوى الشفعة يجب على المدعى بيان حدود الدارين المدعى شفعتها وداره المشفوع بها •

[ولكن يكفي ذكر اسم الرجل المعروف والمشهور وشهرته فقط ولا حاجة الى ذكر اسم ابيه وجده] لأن القصد هوالتعريف لا كثرة الكلام [كذلك لايشترط بيان حدود العقار اذا كان مستغنياً عن التحديد لشهرته في الدعوى والشهادة] عند الأمامين وكذا اذا عرف الشهود العقار عيناً واشاروا له فيرسل الحاكم امينه معهم ويشيروا الى العقار المشهود به ويسأل الأمين من جوار العقار عن حدوده ويعلم الحاكم بذلك (خانيه) [وايضاً اذا ادعى

المدعى بقوله ان العقار المحررة حدوده في هذا السند هو ملكي تصح دعواه] وكذا اذا ادعى المدعي بقوله يطلب لي من ذمة المدعى عليه المبلغ المحرر في هذا السند اطلب تحصيله منه وابرز سنده تسمع دعواه وكذا اذا شهد الشهود بعقار بدون تحديد وصادقهم المتداعيان على شهادتهم صحت الدعوى والشهادة . وكذا اذا ادعى المدعي بأن الدار التي بيد المدعى عليه له وجارية في ملكه ثم ادعى بان المدعى عليه اقر له بملكيته بالدار المذكورة واقام شهوداً على دعواه تقبل شهادتهم ولو لم يحددوا

مادة ١٦٢٤ [اذا اصاب المدعي في بيان الحدود واخطأ في بيان مقدار ذراع العقار او دونمه] اوعدد غرفه [لايمنع صحة دعواه] لأن القصد من بيان الحدود هو التعريف وبيان الذراع والقدر زائد والزائد لايؤثر على الدعوى اصاب به المدعي او اخطأ وكذا اذا ادعى ارضاً واصاب بحدودها واخطأ بمقدار اشجارها لاتبطل دعواه لاحتمال قطع الاشجار بعد الدعوى الا اذا ادعى بأن الأرض سليخة ثم ظهر فيها عند الكشف اشجار لايمكن حصولها في مدة مضت بين الدعوى والكشف لا تسمع دعواه (هندية) وفي البزازية اشترى جارية اسمها شجرة الدر واستحقت وعند ارادة المشتري الرجوع بالثمن قال استحقت مني جارية اسمها قضيب البان تصح الدعوى ان قال استحقت الجارية التي اشتريتها منك والغلط في الأسم لايمنع الدعوى بعدما عرفها بذلك التعريف ولأنه يجوز ان يكون لها اسمان .

مادة ١٦٢٥ لايشترط لدعوى الدين تعريف وتوصيف المال الذي هو سبب ذلك الدين بناء عليه [لايشترط بيان حدود العقار بدعوى ثمن العقار في الدعوى اذا كان العقار المباع مقبوضاً] ولا يشترط احضار المنقول المباع المقبوض لمجلس القاضي بدعوى ثمن المنقول ولا بيان اوصافه . ولا يشترط بيان حدود العقار بدعوي بدل الايجار في الأجارة المفسوخة . وفي التكملة يشترط لدعوى ثمن العقار المباع قبل التسليم بيان حدوده . وفي جامع الفصولين لو ادعى ثمن مبيع لم يقبض لا بد من حضور المبيع لمجلس الحكم حيث يثبت البيع عند القاضي بخلاف ما لو ادعى ثمن مبيع قبض لأنه دعوى الدين حقيقة

مادة ١٦٢٦ [اذا كان المدعى به ديناً يلزم المدعي بيان جنسه ونوعه ووصفه ومقداره] وعلى قول سببه وطلب تسليمه سواء كان الدين نقداً او مثلياً [مثلاً يلزم ان يبين جنسه بقوله ذهباً او فضة] او حنطة او شعيراً [ونوعه بقوله سكة آل عثمان او الانكليز] او سقياً او بعلاً [ووصفه بقوله سكة خالصة او مغشوشة] وبياضيا او جيدوريا [ومقداره بقوله الفاً] او كذا مداً وان يطلب اخذه من المدعى عليه وتسليمه له ٠

وقد ذكر في كتاب البيوع بان البيع اذا وقع على نقود ذهبية صرف البيع الى جنس النقود ونوعها المتعامل بها وهذا يخالف ماجاء في هذه المادة اذ ان بيان النوع شرط في الدعوى ٠ واذا كانت الفضة والذهب المدعى بها غير مضروبة يجب بيان وزنها وعيارها ولا تجوز الدعوى بالمجهول اما الأقرار فصحيح كمن اقر لآخر بمبلغ من الليرات الذهبية يصح اقراره ويجبر المدعى عليه المقر لبيان نوع ما اقر به (هندية) ٠

[ولكن اذا ادعى بقوله كذا غروش على الأطلاق تصح دعواه وتصرف على الغروش المعهودة في عرف البلدة واذا كان التعارف نوعين من الغروش وكان اعتبار رواج احدهما ازيد تصرف الى الأدنى كما انه اذا ادعى بقوله كذا عدداً من البشلك تصرف دعواه للبشلك الأسود الذي هو من المسكوكات المغشوشة] ٠

لأنه الأدنى والادنى متيقن واذا ادعى بعد ذلك الأروج يصدق اذا ادعاه موصولاً اما مفصولاً فلا للتناقض وفي دعوي مال المضاربة بموت المضارب مجهلاً لابد من ذكر ان مال المضاربة يوم موته كان نقداً او عروضاً لان مال الشركة مضمون بالمثل والمشترى بمال الشركة مضمون بالقيمة ٠ وفي الهندية رجل مات وترك ابنين فادعى احدهما ان لأبيهما على هذا الرجل الف درهم من ثمن مبيع وادعى الآخر انه من قرض وبرهن كل منهما على ما ادعى يقضى لكل منهما بخمسمأة وليس لأحدهما ان يشارك صاحبه فيما قبض ٠

وفي دعوي الدين على الميت لو قال المدعي توفي المدعى عليه قبل الأداء وترك بيد وارثه هذا تركة تفي لأداء الدين تسمع هذه الدعوى وان لم يبين اعيان الشركة (بحر) ٠ واذا انكر

الوارث وضع يده على التركة واراد المدعي الأثبات فلا بد له من بيان اعيان التركة ٠

مادة ١٦٢٧ [اذا كان المدعى به اعياناً] منقولة او غير منقولة] فلا يلزم بيان سبب الملكية بل تصح دعوى الملك المطلق بقوله هذا المال لي] ولا يكلف المدعي لبيان كون المال انتقل له بالأرث او بالهبة او بالبيع ٠ وفي الخانية اذا ادعى المدعي الملك بسبب ثم ادعى الملك المطلق ترد دعواه للتناقض لأن الملك المطلق اكثر من الملك بالسبب ٠ وفي البزازية اذا بين السبب بأن قال هو ملكي بسبب وقوعه في حصتي عند القسمة فلا بد من ان يذكر ان القسمة كانت بالقضاء او بالرضاء ٠ وفيها اذا ادعى شيئاً بسبب الشراء فأن ادعاه من صاحب اليد احتاج الى اثبات العقد — ان انكره المدعى عليه —

[اما اذا كان ديناً فيسأل عن سببه وجهته يعني يسأل هل هو ثمن مبيع او اجرة او دين من جهة اخرى والحاصل انه يسأل من اية جهة كان ديناً] لأن الدين ان كان من جهة السلم يجب ايفاؤه في المكان الذي اشترط تسليمه فيه (مجلة مادة ٣٨٦) ٠ واذا كان قرضاً او ثمن مبيع يجب اداؤه في مكان القرض او المبيع ٠ وكذا المغصوب يسلم في مكان الغصب ٠ وفي النتيجة اذا كان الدين ناشئاً عن ثمن المبيع يجب بيان فيما اذا كان المبيع قبض ام لم يقبض من المشتري لأن المبيع غير المقبوض يجب احضاره لمجلس الحاكم ٠ ولا بد من معرفة الحاكم سبب الدين لأن بعض الديون لا تثبت بالذمة لعدم صحتها ولأستنادها على اسباب باطلة فلو ادعى مالا من آخر بسبب حساب جرى بينهما لا تصح دعواه لان الحساب لا يصلح سبباً لوجوب المال (هندية) ٠ وفي التكملة ولو ادعى ديناً بسبب الكفالة لا تسمع دعواه مالم يبين سبب الكفالة لجواز وقوعها باطلة اذ الكفالة بنفقة المرأة بدون تعيين المدة لا تصح الا ان يقول ماعشت او مادامت في نكاحه ٠

وقد اختلف الفقهاء بصحة الدين اذا لم يبين فيها سببه فبعضهم قال بلزوم بيان السبب لصحة الدعوى وبعضهم قال بعدم لزومه وقد قال اصحاب الرأي الثاني بأن للحاكم ان يسأل من المدعي عن سبب الدين وليس له اجباره على ذلك اذا امتنع لأن المدعي يخجل في بعض الاوقات من بيان السبب وهذا رأي اكثر المشايخ ويفهم من ظاهر عبارة المجلة انها قبلت هذا

القول وكذا يفهم من اصول التحليف المنظم من هيئة المجلة اختيارها هذا القول الثاني لذلك اذا قال المدعى عليه ان ما يدعيه المدعي من ذمتي هو ثمن خمر او ثمن ميتة ولم يصادقه المدعي بقوله يكون اقر له بدعواه عند الأمام الاعظم اما الأمامان فقد قالا بأن المدعى عليه اذا بين ذلك مفصولا يكون قد اقر بدعوى المدعي واذا بينه موصولاً فلا الا اذا بين المدعى عليه السبب اولاً كقوله انت بعتني الميتة بعشرة ليرات وتطلب المبلغ مني لايكون بقوله هذا اقر له بدعواه بالأتفاق وكذا اذا قال المدعى عليه لك بذمتي عشرة ليرات مؤجلة الى كذا وادعى المدعي بان الدين ليس بمؤجل فالقول قول المدعي راجع المادة ١٥٨٧ الا في الكفالة (خانية) . وفي الخانية ادعى بدين بدون ذكر السبب وشهد الشهود ببيان السبب وكذ ادعى المدعي ببيان السبب وشهد الشهود مطلقاً تقبل الدعوي والشهادة اما بدعوي العين فلا تقبل الشهادة والدعوى بهذا الاختلاف والفرق ظاهر لأن الملك يتحمل الزوائد اما الدين فلا .

مادة ١٦٢٨ [حكم الأقرار هو ظهور المقر به وليس حدوثه ولهذا لايكون الأقرار سبباً للملك بناءً عليه لو ادعى المدعي على المدعى عليه شيئاً وجعل سببه اقراره فقط لا تسمع دعواه] اي ان حكم الاقرار ظهور المقر به لا انشاؤه ولذا فالأقرار لايكون سبباً للوجوب لان الأقرار اخبار من وجه وانشاء من وجه آخر ومن كونه اخباراً فلا يصلح سبباً للوجوب لان الأخبار يحتمل الصدق والكذب حتى ان المقر اذا اقر كاذبا لم يحل للمقر له ديانة اخذ المقر به الا اذا سلمه اياه يكون هبة ابتداء وهذا مخالف للبيع لان البيع ينقل ملكية المبيع الى المشتري والثمن الى البائع اما الأقرار فهو لاينقل الملكية بل يظهرها وهي في الأصل ملك المقر له وفي النكاح ايضاً لايكون الاقرار سبباً للملك كما هو الحال في المعاملات لذلك فاذا اقر المريض في مرض موته بجميع ماله لأجنبي يعتبر اقراره ولا يحتاج لأجازة الورثة فلو كان الاقرار تمليكا لكان نفذ من الثلث فقط وكذا اقرار الصبي المأذون في عين في يده انها لغيره صحيح فلو كان تمليكا لما جاز لانه ليس له التبرع ويكون الاقرار سبباً للدفع وللمدعى عليه التمسك باقرار المدعي ورد دعواه بناءً على اقراره فاذا ادعى المدعي بمال موجود بيد الاخر بانه ليس له ارثاً عن ابيه فادعى المدعى عليه بان مورث المدعي كان حال حياته اقر له به يسمع دفعه وبينته على ذلك وترد دعوى المدعي وتسمع دعوى المدعي اذا ادعى اقرار المدعي عليه

بملكية مورثه للمدعى به بعد تاريخ الاقرار الذي تمسك به المدعى عليه وتسمع الشهادة على الاقرار شرعاً اما قانوناً فلا لأن المادة ٦٩ من قانون اصول المحاكمات الحقوقية والمادة ٢٤ من قانون اصول المحاكمات الشرعية منعتا اثبات الاقرار الواقع بحضور غير الحاكم بالشهادة [مثلاً لو ادعى المدعي بقوله ان هذا المال لي وان هذا الرجل الذي هو ذو اليد كان اقر بأنه مالي تسمع دعواه] واذا لم يثبت المدعي دعواه يحلف المدعى عليه بأن المال المدعى به ليس للمدعي ولا يحلف على انه لم يقر له به (در المختار) .

[واما اذا ادعى بقوله ان هذا المال لي لأن هذا الرجل الذي هو ذو اليد كان قد اقر بانه مالي فلا تسمع دعواه] . وفي الهندية اذا ادعى المدعي بأن ثلث هذه الدار التي تحت يد هذا الرجل هي لي لأنها تركت لي ولشقيقتي عن والدنا وان شقيقتي كانت اقرت لي بها وانا صدقتها لاتسمع دعواه [وكذلك لو ادعى المدعي بقوله ان لي في ذمة هذا الرجل كذا غروش من جهة القرض حتى انه كان هو اقر بأنه مديون لي بهذا المبلغ من هذه الجهة تسمع دعواه] . وفي النتيجة ادعى رجل على آخر بأنه كان كفله بدينه لآخر البالغ عنه كذا قرشاً حتى انه كان اقر للدائن بهذا الدين تسمع دعواه وبينته . وكذا ادعى رجل على آخر بانه كفل له ماله بذمة آخر من الدين وقدره كذا حتى انه كان اقر هو بهذه الكفالة تسمع دعواه [واما اذا ادعى بقوله ان لي في ذمة هذا الرجل كذا غروش لأنه كان قد اقر بانه مديون لي بالمبلغ المذكور من جهة القرض فلا تسمع دعواه] .

وفي البهجة ادعى بقوله ان هذه المرأة زوجتي لأنها كانت اقرت لي بالنكاح لاتسمع دعواه . اما دعوى الاقرار بالاستيفاء فقد قيل لاتسمع لانها دعوى الاقرار في طرف الاستحقاق اذا الدين يقضي بمثله ففي الحاصل هذا دعوى الدين لنفسه فكان دعوى الاقرار في طرف الاستحقاق فلا تسمع وقيل تسمع لأنه في الحاصل يدفع اداء الدين عن نفسه فكان في طرف الدفع (بزازيه) .

مادة ١٦٢٩ [يشترط ان يكون المدعى به محتمل الثبوت بناءً عليه لو ادعى ما وجوده محال عقلاً او عادة لايصح الادعاء] لأن الكذب متيقن في مثل هذه الدعاوي . [مثلاً اذا ادعى احد في حق من هو اكبر منه سناً او في حق من نسبه معروف بانه ابنه لاتكون دعواه صحيحة] .

وفي در المختار دعوى المعروف بالفقر اموالاً عظيمة على آخر انه اقترضها منه دفعة واحدة او غصبها منه حالة كونه لم يرث ولم يصب مالاً لاتسمع لانها مستحيلة عادة اما لو ادعاها ثمن عقار كان له او قال غصب لي مالاً عظيما كنت ورثته من مورثي المعروف بالغنى تسمع . وتسمع دعواه ايضاً بالوكالة والوصايا لأن هذا غير مستحيل عادة وكذا لاتسمع دعواه وبينته اذا اشار الى فرس سنه ثلاث سنوات وقال هذا الفرس لي نتاجاً منذ عشرة سنوات . وكذا اذا ادعى فرساً وعين وصفه ولونه ثم لما احضر وظهر بانه غير اللون المدعى به اكد المدعي دعواه وقال هذا هو فرسي الذي ادعيته لاتسمع دعواه وتسمع اذا قال وهذا ايضاً لي وهو غير المدعى به (هندية) . الا اذا كان الفرس المدعى به مشاراً اليه في الدعوى تسمع الدعوى والبينة فيه ولو اختلف الوصف . وكذا اذا ادعى بمحدود بانه خال من الجدران والاشجار ثم ظهر فيه جدران واشجار مبنية ومغروسة قبل الدعوى فلا تسمع دعواه وبينته .

مادة ١٦٣٠ [يشترط ان يكون المدعى عليه محكوماً وملزماً بشيءٍ على تقدير ثبوت الدعوى] والا تكون الدعوى عبثاً والعاقل لايشتغل بالعبث . [مثلاً لو اعار احد آخر شيئاً وخرج شخص آخر وادعى بقوله انا من متعلقاته فليعرني لاتصح دعواه] لأن الاعارة تمليك بدون عوض وهي عقد تبرعٍ والشخص لايجبر على التبرع اذ الرضاء من شروط صحة التمليك . [كذلك لو وكل احد آخر بخصوص وخرج شخص آخر وادعى بقوله انا جاره وبوكالته انسب فليوكلني لاتصح دعواه لأن لكل واحد ان يعير ماله من شاء وان يوكل بأموره من شاء وبتقدير ثبوت هذه الدعاوى وامثالها لايترتب في حق المدعى عليه حكم .

وفي رد المحتار لو ادعى بالتوكيل على موكله لاتسمع دعواه لان للموكل عزله وان ثبت التوكيل ولا تسمع دعواه اذا قال اشترى وكيلي منك هذا الثوب لي بكذا لان الوكيل يشتري المال لنفسه اولاً والمدعي لايملك اثبات الملك للغير وكذا ادعى على آخر انك وكيل في تسليم المتاع الذي اشتريته من فلان بتوكيله اياك لاتسمع لانه وان اثبت وكالته لايلزمه التسليم ٠ وكذا ادعى على آخر انك تريد بيع مالك هذا او بعت مالك هذا بألف وانا اشتره منك بالفين بعني اياه لاتسمع دعواه ٠ وفي الهندية ادعى الورثة بان مورثهم كان اشترى هذه الدار من زيد بمرض موته لاتسمع دعواهم عند الامام الاعظم ٠ وفي البحر متى تمت شروط صحة الدعوى يسأل المدعى عليه عن دعوى المدعي ولو لم يطلب المدعي استجوابه وللحاكم اجبار المدعى عليه لأعطاء الجواب (هندية) ٠

* * *

« الفصل الثاني »

(في دفع الدعوى)

لا تشترط صحة الدعوى لصحة الدفع بناءً عليه يقبل دفع المدعي الصحيح على الدعوى الغير الصحيحة ٠

مادة ١٦٣١ [الدفع هو الأتيان بدعوى من قبل المدعى عليه تدفع دعوى المدعي] سواء كان قبل الحكم او بعد الحكم ٠ وفي الهندية اذا جاء المدعى عليه بدفع بعد ان اثبت المدعي دعواه ينظر الحاكم فاذا وجد ان الدفع صحيح قبله وامهله لمجلس قادم لأثباته واذا وجد ان الدفع فاسد رده وحكم بدعوى المدعي ٠ ويجب ان يكون الدفع من المدعى عليه لا من اجنبي عن الدعوى او ان يكون من وارث المدعى عليه ومن يقوم مقامه ٠ ويسمع دفع الوارث وان كانت الدعوى على غيره لقيام الوارث مقام المورث حتى لو ادعي احد على احد الورثة بدين في التركة فبرهن الوارث الآخر ان المدعي اقر بكونه مبطلاً في الدعوى تسمع لان احد الورثة ينتصب خصماً عن الباقين بما لهم وعليهم ٠ وفي جامع الفصولين لو استحق المبيع من يد المشتري فبرهن البائع على المستحق انه باعه من قبل ان يبيعه هو على المشتري يسمع من البائع ولو لم تكن

الدعوى عليه وهذا يؤيد ماجاء في المادة ١١٥ وما يليها من مواد قانون اصول المحاكمات الحقوقية المتعلقة بدخول الشخص الثالث في الدعوى وادخاله لعلاقته بالحكم الذي سيصدر او لأمكان رجوع المدعى عليه او المدعي بعد الحكم عليه ·

وفي الهندية اذا ادعى احد الورثة على آخر بمال انتقل للمدعي ولأخيه الغائب بالأرث عن ابيهما فادعى المدعى عليه كون مورث المدعي اقر له بملكيته بالمدعى به حال حياته يسمع دفعه واذا حضر الوارث الغائب وادعى اقرار المدعى عليه لمورثه بملكية المدعى به بعد تاريخ الأقرار المذكور يسمع دفعه لأن الاقرار الاخير هو المعتبر واذا لم يذكر تاريخ للاقرار الاول والثاني يتهاتر او يبقى المال بيد ذي اليد (خانية) ·

وفي الهندية ادعى ديناً من تركة وتصالح مع احد الورثة على مبلغ ثم حضر الوارث الآخر وادعى اقرار الدائن بقبض الدين "وبرهن على دعواه" ردت دعوى المدعي ولا يسمع هذا الدفع من الوارث الذي عقد الصلح انظر المادة ١٥٥٦

[مثلاً اذا ادعى احد من جهة القرض كذا غروش وقال المدعى عليه انا كنت اديت ذلك او انت كنت ابرأتني من ذلك او كنا تصالحنا او ليس هذا المبلغ قرضاً بل هو ثمن المال الفلاني الذي كنت قد بعته لك او كنت قد حولتك على فلان بطلبي الذي هو ذلك المقدار وانت اعطيتني ذلك المقدار عوضه يكون قد دفع دعوا]

ولا فرق فيما اذا قال ذلك بعد اقرار المال او انكاره الا اذا كان انكاره الأول يشكل تناقضاً مع اقراره الثاني · قال في الدرر اذا قال المدعي عليه للمدعي لا اعرفك فلما اثبت الحق بالبينة ادعي الايصال لاتسمع ولو ادعى اقرار المدعي بالوصول او الايصال تسمع لأن التناقض لا يمنع صحة الاقرار كما سيأتي مفصلاً في باب التناقض ·

[وكذا اذا ادعي احد على آخر بقوله انت كنت قد كفلت طلبي الذي هو في ذمة فلان كذا دراهم وقال المدعي عليه كان المديون ادى ذلك المبلغ يكون قد دفع دعوى المدعي]

وينتصب الكفيل خصماً عن المدين بهذه الصورة اذ لايمكنه دفع الدائن الا بها · وفي جامع

الفصولين ادعى احد على آخر بغصب فدفع المدعى عليه دعواه بأنه اخذه بحق تقبل بينة الآخذ لأنه يدفع الدعوى ·

[وكذا اذا ادعي احد بالمال الذي في يد غيره بأنه مالي واجاب المدعي عليه بأنك حين ما ادعي هذا المال فلان كنت قد شهدت بدعواه يكون قد دفع دعوى المدعي]
سواء حكم في الدعوى التي كان شهد بها المدعي ام لم يحكم ·

وكذا اذا ادعى على آخر ضيعة فقال المدعى عليه ان هذه الضيعة هي لأختي وماتت وانحصر ارثها بي واقام البينة على دعواه تسمع · وفي التكملة ادعى داراً بسبب الشراء من فلان فقال المدعى عليه اني اشتريت من فلان ذلك ايضاً واقام بينته وارخ فقال المدعي عليه ان دعواك باطلة لان في التاريخ الذي اشتريت هذا الدار من فلان كانت رهناً عند فلان ولم يرض بشرائك وجاز شرائي لأنه كان بعد ما فك الرهن واقام بينته لايصح ·

[كذلك لو ادعي احد من تركة الميت كذا دراهم واثبت دعواه على انكار الوارث ثم ادعي الوارث ان المتوفي كان ادى هذا المبلغ في حال حياته يكون قد دفع دعوى المدعي]

وفي التنوير اذا ادعى المدعي بدين فادعي المدعي عليه الايصال وعجز عن البرهان وطلب تحليف المدعي فللمدعي طلب احضار المال من المدعى عليه للمجلس ثم تحليفه · وفي الخانية ادعى من وارث مالاً بسبب دين على مورثه وابرز سنداً بتوقيع مورثه واستند اليه في الدعوى وادعى المدعى عليه بأن المقر له كان رد هذا الاقرار يسمع دفعه وبينته بالاتفاق واذا ادعى الوارث بان اقرار مورثه كان مواطئةً او تلجئةً يسمع دفعه وله التحليف عند البعض اذا اقر المواضعة والتلجئة· وكذا ادعى رجل عقاراً فقال المدعى عليه بعد تصديقه المدعي بان الملك له او قبل التصديق بان هذا العقار قد اعارنيه او اودعنيه او اجرنيه او رهنيه زيد الغائب يسمع دفعه وتبطل خصومة المدعي له اذا اثبت هذا الدفع بالبرهان وقال الشهود اننا نعرف الغائب بأسمه ونسبه او بوجهه عند الامام الاعظم اما الامام ابو يوسف فقد افتى بذلك اذا كان المدعى عليه

غير معروف بالحيل والا لاتندفع دعوي المدعي بكلامه هذا وقال محمد تندفع الدعوي اذا قال الشهود نعرف الغائب باسمه ونسبه و بوجهه وقال ابن شبرمة لاتندفع الخصومة لعدم امكان اثبات الملك للغائب لعدم الخصومة عنه وقال ابن ابي ليلى تندفع بدون بينة لأقراره بالملك للغائب وقد عول الأئمة على رأي الامام محمد وقد سميت خمسةً لان فيها قول خمسة علماء ولان فيها خمسة صور وهي الوديعة والأجارة والعارية والرهن والغصب وقد زاد بعضهم على هذه المسائل الخمس ست مسائل وهي قول المدعى عليه وكلني بحفظه او اسكنني فيه او سرقته منه او انتزعته منه اوضل فوجدته او هو في يدي مزارعةً الا ان المزارعة تلحق بالاجازة والسرقة والانتزاع بالغصب والثلاثة الباقية بالوديعة فتعود المسائل الى خمس • وفي جامع الكبير اذا ادعي نصف المدعي به ملكاً والنصف عاريةً لايكون دفع دعوى المدعي على ماجاء في المسائل المخمسة الا في النصف وتبطل في الكل لتعذر التمييز وهذا كله اذا كانت العين المدعي بها قائمة بيد المدعي عليه اما لو كانت هالكة او ادعي المدعي على المدعى عليه الفعل لا الملك بأن قال غصبته مني فلا تندفع الخصومة في الكل لان المدعي عليه بالفعل هو خصم بفعله لا بيده بخلاف دعوى الملك المطلق فالمدعي عليه خصم بها في يده وكذا اذا كانت العين المدعي بها هالكة فتكون الدعوى بالقيمة ودعوى القيمة تتعلق بالذمة لا باليد• واذا حضر الغائب وصادق المدعي عليه بدفعه ففي الوديعة والرهن والاجازة والمضاربة والشركة يرجع المدعى عليه على الغائب وفي الغصب والاعارة لايرجع • وفي البزازية المقضى عليه بحادثة لاتسمع دعواه الا ان يبرهن على ابطال القضاء بأن ادعي داراً بالأرث وبرهن وقضى له ثم ادعي المقضى عليه الشراء من مورث المدعي او ادعى الخارج الشراء من فلان ثم برهن المدعي عليه على شرائه من فلان او من المدعي او يقضى على احد بدابةٍ ثم يبرهن على نتاجها عنده •

وكذا ادعى الوارث بأن مورثه كان اودع عند المدعى عليه عشرة ليرات فادعي المدعي عليه بانه كان له ديناً على المورث ودفع المبلغ المذكور من دينه يسمع دفعه و بينته وكذا ادعي بان زيداً اخذ ماله من يده بغيرحقٍ وهلك بيده فادعي المدعي عليه بان المال المذكور له في الأصل واخذه بحق يسمع دفعه وبينته وكذا اذا وجد المال بيد الآخذ ترجح بينته لأن الطرفين تصادقا على ان المال كان بيد المدعي قبل الأخذ وان المدعى عليه خارج وبينة الخارج راجحة • وفي البهجة ادعي بان المدعي عليه غصب منه ماله واستهلكه و بعد ان انكر المدعي عليه واثبت المدعي

دعواه ادعي المدعي عليه الأخذ باذن المدعي يقبل دفعه و بينته . وفي الهندية طلب المدعي من المدعي عليه تسليم مال زيد له المودوع عند المدعي عليه لأنه وكله بالقبض فادعي المدعي عليه عزل المدعي من الوكالة يسمع دفعه . وفي البهجة ادعي المودع رد الوديعة فادعي الوديع بان المودع كان اذنه بدفعها من غيره وانه دفعها وسلمها يسمع دفعه و بينته .

وفي الهندية ادعي المدعي ديناً فادعي المدعى عليه بان سبب الدين قيمة خمر او ميسر يقبل دفعه . وفي النتيجة ادعي غصب حيواناته و بيعها وتسليمها واستهلاكها فدفع المدعى عليه دعواه بانه باعها حسب توكيله اياه وقبض ثمنها ودفعه له يقبل دفعه . وفي الهندية ادعى بمال بيد المدعي عليه بانه له وان رجلاً باعه الى المدعي عليه فضولاً فادعى المدعى عليه بان المدعي باعه اياه بالذات او ان البائع كان وكيلاً عن المدعي يقبل دفعه وبينته . وفي الأنقروي ادعي بأرض بيد المدعى عليه انها له فادعي المدعي عليه بان المدعي كان طلبها من آخر للشراء او الاستئجار او الاستيهاب او الاستيداع او المساومة او المزارعة او المساقاة يقبل دفعه واذا قال المدعي بان ذلك الآخر اخذ الأرض مني وتمنع من ردها ولذلك ساومته عليها لاتقبل دعواه ولا توفيقه . وفي الهندية ادعي البيع او الهبة بالاكراه فدفع المدعى عليه دعواه بأن المدعي قبض ثمن المبيع او عوض الموهوب بالطوع والرضاء يقبل دفعه . و كذا الحكم ببيع الولي والوصي . و كذا ادعى بانه اقرض المدعى عليه مبلغاً وطلب اعادته فادعى المدعى عليه بان المال كان ارسل له مع المدعي من آخر وان المدعي كان رسولاً بالتسليم حتى انه اقر بذلك يسمع دفعه و بينته . و كذا ادعى بان المال الموجود بيد المدعى عليه هو له فادعي المدعى عليه بان المدعي كان اقر بان المال المدعى به ليس له يسمع دفعه . وفي الأنقروي ادعي ديناً بذمة المدعي عليه فقال المدعي عليه بانه لم يأخذ منه شيئاً وانه لا يعرفه فبرهن المدعي على دعواه فادعى المدعى عليه بان المدعي كان اقر بقبض المبلغ منه واستيفائه يسمع دفعه لان التناقض لايمنع صحة الاقرار . و كذا ادعي ديناً بذمة المدعي عليه فادعى المدعي عليه بقوله لاحق لك قبلي ثم ادعى الاداء بعد ان برهن المدعي على دعواه تسمع بينته ودفعه لأمكان التوفيق الا اذا زاد كلمة لا اعرفك او ماجرى بيني و بينك معاملة لايسمع دفعه لتعذر التوفيق . و كذا اذا قبضت الزوجة ما كان اقرضه زوجها من الديون من المدينين فادعى الورثة عليها بحصصهم فادعت بان زوجها كان اقرض هذه المبالغ من مالها حسب وكالته عنها يسمع دفعها و بينتها . وفي النتيجة ادعى غصب ماله فادعى المدعى عليه

اعارة المدعى به للمدعي واسترداده منه يسمع دفعه · وكذا ادعى ديناً فادعي المدعى عليه الأداء وعجز عن الاثبات فعاد وادعى الابراء يسمع دفعه لعدم التناقض ·

وفي الخانية ادعى عيناً فادعى المدعى عليه بان المدعي كان باعها من غائب وبرهن على دفعه يسمع الا انه لايثبت الشراء للغائب الا اذا شهد الشهود بالبيع والتسليم للغائب · وفي الأنقروي استحق الفرس المباع من المشتري وضبط فدفع البائع دعواه بقوله ان الفرس نتاج عنده او عند بائعه او ادعى شراءه من مدعي الاستحقاق يسمع دفعه · وفي رد المحتار ادعى المدعي دعواه فادعى المدعى عليه بان المدعي كان اقر ببطلانها او بكذب شهوده في الشهادة او بانه لاشيء له فيه يسمع دفعه · وفي التكملة ادعى المدعي البيع فادعى المدعى عليه اقالة البيع يسمع دفعه · وكذا ادعى عيناً في يد آخر بانها مرهونة عنده من صاحبها لقاء دين عليه وبرهن على دعواه فادعى المدعى عليه شرائها من صاحبها يسمع دفعه وبينته · وفي رد المحتار ادعى ديناً على آخر قدره اربعمائة قرش فأنكر المدعى عليه دعواه وبعد اقامة البينة اقر المدعي بانه مديون الى المدعى عليه بثلاثمائة قرش تسقط الثلاثمائة عن المدعى عليه عند بعض الفقهاء ولا تسقط عند البعض الآخر لأن ذمة المدعى عليه غير مشغولة على زعمه وعليه الفتوى · وفي البهجة ادعى بانه دفع رشوةً مبلغ طلب استرداده فادعى المدعى عليه بان المبلغ سلم له من المدعي ليسلمه لآخر وانه سلمه للمرسل اليه حسب امر المدعي يسمع دفعه · اما اذا ادعى المدعي بانه اخذ من آخر وديعةً وهلكت في يده وادعى الآخر بان المقر كان اغتصبها منه تطلب البينة من مدعي الايداع فاذا عجز عنها يحلف مدعي الغصب على انه لم يسلمه المال وديعةً فاذا نكل ثبتت الوديعة وبطل الضمان والا يضمن لان المقر اقر بالمال وادعى الأخذ بالاذن وهذا يحتاج الى البرهان ·

اما لو ادعى بان المال سلم له وديعة وتلف وادعى المقر له البيع فالقول قول المقر (هندية) ·

دفع الدفع

ويسمع دفع الدفع ولو تكرر ولو زاد عن ثلاث درجات فيسمع الدفع ودفع الدفع من المدعي او المدعى عليه حتى ولو طعن بالشهود · وفي البحر ادعى الملك المطلق وبعد ان ادعى المدعى عليه البيع ادعى المدعي الاقالة يكون قد دفع دفع المدعى عليه · وفي التكملة ادعى عليه داراً في يده ارثاً او هبةً فبرهن المدعى عليه على انه اشتراها منه وبرهن المدعي على اقالة البيع صح دفع الدفع ·

وفي البهجة ادعى عليه عقاراً في يده فبرهن المدعى عليه على انه اشتراه منه بتاريخ وبرهن المدعي على اقرار المدعى عليه بعد التاريخ المذكور بأن لاحق له في العقار المذكور صح دفع الدفع ٠ وفي الهندية ادعى عليه مالاً في يده فادعي المدعي عليه بايداع المدعى به له من آخر فأقر المدعي له بالايداع وادعى بان المودوع وهبه له بعد ذلك يسمع دفع دفعه وكذا ادعى الصبي بعد البلوغ بعقار في يد مشترٍ كان ابتاعه من وصيه وهو صغير بدون مسوغٍ شرعي فادعى المشتري بأن الوصي كان باعه اياه بسبب دين ثابت على الصغير فأقر له المدعى بدفعه هذا وادعى وجود مال منقول له حين البيع كاف لوفاء الدين صح دفع دفعه ٠ وفي فتاوي علي افندي ادعى عليه عقاراً في يده اخذه منه غصباً فادعي المدعى عليه بأن المدعي كان ابرأ ذمته من جميع الدعاوي بتاريخ كذا وبرهن المدعي بان المدعى عليه اقر له بعد تاريخ الابراء المذكور بالعقار المدعى به صح دفع دفعه ٠ وفي البهجة ادعى عليه وديعة في يده فبرهن المدعى عليه على انها تلفت بدون تعدٍ ولا تقصير وبرهن المدعي على اقرار المدعى عليه بوجودها في يده بعد التاريخ المذكور صح دفع دفعه ٠ وكذا ادعى عليه ديناً فبرهن المدعى عليه ان المدعي ابرأه من الدين المذكور فبرهن المدعي على رد المدعى عليه هذا الابراء واقراره ببقاء المبلغ المذكور في ذمته صحت دعواه وفي فتاوى علي افندي ادعى عليه ديناً فبرهن المدعى عليه على ابراء المدعي اياه من الدين المذكور فادعى المدعي بأن الأبراء وقع مواضعةً وفسر المواضعة واثبت دعواه تسمع ٠ وفي الهندية ادعى عليه قرضاً فادعى المدعى عليه الابراء وبرهن على دعواه بعد انكار المدعي فادعى المدعي اقرار المدعى عليه ببقاء الدين المدعى به بذمته بعد تاريخ الابراء المذكور واثبت دعواه تسمع اما اذا قال المدعي دفعاً لدفع المدعى عليه انت اقررت ببقاء المبلغ المدعى به بذمتك بعد ان ابرأتك منه لايسمع دفعه ٠ وكذا اذا ادعت الزوجة مهرها من زوجها فبرهن الزوج على ابرائها له من المهر فادعت بأنه اقر لها ببقاء المهر بذمته بعد تاريخ الابراء المدعى به يسمع دفعها (علي افندي)٠

ويسمع الدفع بعد الحكم ايضاً فقد ورد بالتنقيح ادعى مالاً بانه ترك له من مورثه فبرهن على دعواه بعد انكار المدعى عليه وبعد صدور الحكم ادعى المدعى عليه شراء المال المدعى به من مورث المدعي واثبت دعواه استرد المال من المدعي راجع المادة ١٧٥٨ ٠ وكذا ادعى مالاً في يد غيره وبرهن على شراءه من زيد منذ سنة وبعد الحكم ادعى المدعي عليه شراء المال المدعى به من نفس البائع قبل سنتين وبرهن على دعواه يقضي له ويسترد المدعي به ٠ وفي هامش البهجة

ادعى ديناً في ذمته فادعى المدعى عليه الأداء لوكيل المدعي وبعد العجز حلف المدعي على عدم التوكيل وحكم له بالمبلغ المدعى به فقبضه ثم برهن المدعى عليه على التوكيل استرد ما كان دفعه للمدعي . وفي فتاوى علي افندي ادعى الورثة ديناً لمورثهم بذمته فادعى الاداء وحلف الورثة على عدم العلم وبعد الحكم والدفع برهن على الدفع يقضى له ويسترد مادفعه . وفي البزازية ادعى كرماً في يده فادعى المدعى عليه بيع الكرم المدعى به له من المدعي وحلف المدعي على دفعه هذا وبعد الحكم والتسليم وبيع الكرم من المدعي لآخر برهن المدعى عليه على دفعه يقضى له به ويسترد الكرم . وكذا ادعى كفالة المدعى عليه لمدينه فأقر المدعى عليه بالكفالة وسكت وبعد الحكم برهن المدعى عليه على اقرار المدعي بقبض الدين من المدين يسمع دفعه ويحكم له باسترداد مادفعه ولا يصلح الدفع بعد الحكم في بعض المسائل فلا يقبل دفع المدعى عليه بعد الحكم اذا قال بأن المدعي كان اقر بأن لاحق له بالعقار المدعى به (تكملة) .

اما المسائل التي لاتعد دفعاً مشروعاً فهي : اذا قال الخارج ان هذا المال هو لي وقد ورثته عن ابي وقال واضع اليد هو لي وقد اشتريته من فلان فلا يكون قد دفع دفع الدعوى ويحكم عليه بتسليمه بعد البينة . وكذا اذا ادعى على ذي اليد فعلاً لم تنته احكامه بأن ادعى الشراء منه بألف ولم يذكر انه نقد الثمن ولا قبض منه المبلغ فأقام الذي في يده البينة انه لفلان الغائب اودعنيه او غصبته منه تدفع عنه الخصومة وان ادعى عليه عقداً انتهت احكامه بأن ادعى انه اشترى منه هذه الدار ونقده الثمن وقبض منه المبيع ثم اقام المدعى عليه بينته انها لفلان الغائب اودعنيها اختلفوا فيه فقال بعضهم تندفع الخصومة وهو الأصح (خانية) . وكذا رجل ادعى على آخر جارية انه باعها منه فقال لم ابعها منك قط فأقام المشتري بينته على الشراء ثم وجد بها اصبعاً زائدة واراد ردها فأقام البائع بينته على برائته من كل عيب لاتقبل بينته خلافاً لأبي يوسف فانه قال بقبولها . وكذا ادعى ارثاً له ولأخيه فقال المدعى عليه انك اقررت ان أخاك باعه مني وسلم وهذا اقرار منك بان الملك لأخيك قيل لايندفع لأنه لم يقر ان اخاه باع بيعاً جائزاً لكن اقر بالبيع فقط ومن اقر ان فلاناً باعه ثم ادعى انه ملكه يسمع الا اذا اقر انه باع بيعاً جائزاً صحيحاً فحينئذ لايسمع وقيل لو باع والدار بيده وقت البيع او قال باع وسلم فهذا يكفي لأنه يدل على الملك ولو برهن ذو اليد على اقرار الوصي بأنه باعه وصاية لايقبل الا ان يشهدوا انه وصي من جهة المورث او القاضي اذ الوصاية لاتثبت باقراره . وفي الهندية ادعى بأن

المال له وانه اشتراه من المدعى عليه حتى ان المدعى عليه كان اقر له بالبيع فادعى المدعى عليه بأنه اقر مكرهاً لايسمع دفعه لأمكان وقوع البيع طوعاً والاقرار كرهاً واذا ادعى المدعى عليه وقوع البيع والاقرار كرهاً يسمع دفعه و بينته · وفي الهندية ادعى ديناً من جهة الكفالة فحضر الأصيل ودفع دعوى المدعي بعدم لزوم الدين عليه يرد دفعه و كذا ادعى عيناً من كفيل فادعى الكفيل بأن اصل الدين ناشئ عن ثمن خمر لايقبل دفعه الا اذا اقر به المدعي ولا يسمع دفع الكفيل بأن الدين ثمن خمر حتى ولو ادعي اقرار المدعي بذلك راجع المادة ٦٤٣ · وكذا في الهندية ادعى الكفيل بعد الاداء على مكفوله بما دفعه عن ذمته فادعى المكفول بغياب الدائن بأن الدين ثمن خمر او قمار او ثمن ميتة لاتسمع دعواه ويكلف لاقامة هذه الدعوى بوجه دائنه واذا احضر الدائن واقر بما يدعيه المديون تبرأ ذمة الأصيل والكفيل · وفي الخانية ادعى عليه اخذ ماله فادعى المدعي عليه بان المدعي كان اقر بأن غيره اخذ المال المدعى به منه لايسمع دفعه لأمكان رد المال من الآخذ الأول واخذه من الآخذ الثاني · وكذا في الخانية ادعى عليه مالاً فأنكر المدعى عليه دعواه واعطاه اياه او صالحه عن دعواه ثم اراد اقامة البرهان على ان المدعى عليه كان قبل قبض المال او قبل الصلح اقر له بان لاحق له قبله لايسمع دفعه و يبقى الصلح على حاله واذا اراد اقامة البرهان على ان المدعى عليه كان بعد القضاء او بعد الصلح اقر بأنه لاحق له قبله يقبل دفعه و بينته و يبطل الصلح والقضاء وكذا تسمع بينة الدافع قبل الحكم اذا برهن على الأقرار قبل الصلح ·

مادة ١٦٣٢ يصير المدعي بدفع الدعوى مدعًى عليه والمدعي عليه مدعٍ (بحر) · بناءً عليه [اذا اثبت من ادعى دفع الدعوى دفعه تندفع دعوى المدعي] ويثبت دفع الدعوى باقرار غير المدعي بناءً عليه اذا ادعي المدعي ديناً من ذمة آخر فادعي المدعي عليه اداء الدين لأخ المدعي ووكيله بالقبض فأقر المدعي بالوكالة وانكر القبض وحلف اليمين على عدم العلم وبعد الحكم حضر الوكيل واقر بالقبض يقضي للمدعي عليه بدفع الدين باقرار الوكيل (تكملة) · لذلك فالدفع يثبت باقرار المدعي و بالبينة و بنكول المدعي وباقرار الشخص الآخر في بعض المسائل ·

[والا يحلف المدعي اصلاً بطلب صاحب الدفع فأن نكل المدعي عن اليمين يثبت

دفع المدعى عليه وان حلف تعود دعواه الأصلية] . وفي التتاتار خانية يكلف المدعي عليه لأثبات دفعه قبل تصحيح دعوى المدعي اذا كانت الدعوى غير صحيحة على القول المختار. ولا بد في اصل الدعوى من وجود احتمالين الاحتمال الأول هو ان يتضمن دفع الدافع اقراره بدعوى المدعي فاذا لم يثبت الدافع دفعه وحلف خصمه اليمين يحكم عليه حسب اقراره كما هو صريح مثال هذه المادة لان المدعي عليه بقوله دفعت لك مطلوبك يكون قد اقر بدعوي المدعي ويحكم عليه حسب اقراره والاحتمال الثاني هو ان لايتضمن دفع الدافع اقراره بدعوى المدعي مثلا ادعى عليه ديناً فادعى المدعى عليه ابراء المدعي له من دعوى الدين المذكور يكلف لاثبات دعواه فاذا عجز وحلف المدعي على عدم الابراء يكلف المدعى لاثبات دعواه لأن الادعاء بالابراء من الدعوى لايكون اقراراً بالدين (فيضية و بحر) . واذا دفع المدعى عليه دفعاً وطلب امهاله لاثباته يمهل ثلاثة ايام فقط لجلب شهوده ولا يمهل اكثر من ذلك اذا لم يرض المدعي وكذلك الحكم بدفع الدفع

مادة ١٦٣٣ [اذا ادعى احد على آخر طلباً كذا دراهم وقال المدعى عليه انا كنت قد حولتك بهذا المبلغ على فلان وكل منكما قبل الحوالة واثبت المدعى عليه قوله هذا حال كون المحال عليه حاضراً يكون قد دفع دعوى المدعي وخلص من مطالبته] ويطلب المدعي المبلغ من المحال عليه [وان لم يكن المحال عليه حاضراً يكون دفع المدعي موقوفاً الى حضور المحال عليه] وتتأخر الدعوى لحضور المحال عليه ومتى حضر اثبت المدعى عليه دفعه وخلص من دعوى المدعي لأن الغائب لايقضى عليه بغيابه و بدون حضور من يقوم مقامه وهذا مخالف لما جاء بقانون اصول المحاكمات الحقوقية بعد نشر الذيل واعلانه اذ صار من الممكن الحكم على الغائب للأستغناء عن الوكيل المسخر .

***

« الفصل الثالث »

(في بيان من كان خصماً ومن لم يكن)

الخصومة تنقسم الى ثلاثة اقسام القسم الأول الخصم المنفرد وهو الذي خصومته لا تحتاج لحضور غيره وهو :

١ً كل من يترتب على اقراره حكم فهو خصم بحال الانكار ٢ً واضع اليد على العين ٣ً المشتري الذي قبض المبيع هو خصم بالنسبة للمستحق ٤ً احد الورثة خصم بما لتركته وما عليها ٥ً احد العامة خصم بالدعاوى التي يرجع نفعها للعموم كدعوى الطريق العام ٦ً الخصم بالدعوى بالعين المشتركة بين قريتين اهلها قوم غير محصور هو احد اهالي كل من القريتين ٧ً احد الشركاء بالمال المشترك بغير الأرث خصم عن الآخر

القسم الثاني الخصم بحضور غيره اي الذي خصومته تحتاج لغيره وهو :

١ً المسائل المخمسة راجع المادة ١٦٣٧ ، ٢ً الدعوى من المشتري غير القابض تقام بحضور بائعه ٣ً الدعوى من الشفيع على المشتري غير القابض تقام بحضور البائع او واضع اليد ٤ً اذا ادعى المدعي بأن العقار الذي في يد المدعى عليه هو للغائب فلان وان المدعى عليه اشتراه منه وانه شفيع به وطلبه بالشفعة فادعى المدعى عليه بان المال له ولم يشتره من احد فبهذه الدعوى يشترط حضور الغائب عند الامامين (هندية)

القسم الثالث الذين لا يكونون اخصاماً اصلاً وهم :

١ً الشخص الذى لم يكن واضعاً يده على العين المدعى بها ٢ً الوديع للمشتري ٣ً الوديع لدائن المودع ٤ً مدين الدين للدائن ٥ً مشتري المشترى للبائع ٦ً المستأجر للمستأجر ٧ً المستأجر للمرتهن ٨ً الوكيل بالاقراض للمستقرض ٩ً الدائن لدائن آخر ١٠ً احد الشركاء لا يكون خصما بالمال المشترك بينه وبين شركاء آخرين بمال منشأه غير الارث ١١ً دعاوى النهر والمرعى وما يعود نفعه للعموم بين قريتين اهل كل واحدة منهما قوم محصور لا يكون احد الاهالي خصماً بها .

مادة ١٦٣٤ [اذا ادعى احد شيئاً وكان يترتب على اقرار المدعى عليه حكم

بتقدير افراده يكون بأنكاره خصماً في الدعوى واقامة البينة وان كان لا يترتب حكم على اقرار المدعى عليه اذا اقر لم يكن خصماً بأنكاره] . وكذا من ادعى مالاً على غائب فأراد ان يقيم البينة على رجل حاضر فالحاضر ينتصب خصماً عن الغائب اذا كان مايدعى على الحاضر حقاً لايتوصل اليه الا بأثبات ذلك على الغائب فلو ادعى عيناً في يد رجل و برهن على ذي اليد انه اشتراها من فلان الغائب فحكم الحاكم على ذي اليد الحاضر كان ذلك حكماً على الغائب ايضاً حتى ولو حضر وانكر لا يعتبر لأن الشراء من المالك الغائب سبب للملك لامحالة . وفي الأنقروى قد لايكون الانسان خصماً في البينة ولا في اليمين ولو اقر به لايجبر ولكن لو دفع جاز كمن ادعى انك اشتريت هذا العبد من وكيلي فلان فأقر المشتري بالشراء والوكيل غائب لاتقبل بينة المدعي على انه كان وكيله بالبيع ولا يحلف به ولو اقر لايجبر عليه ولكن لو دفع له الثمن جاز . وقد لايكون خصماً لا في البينة ولا في اليمين ولكن لو اقر به يجبر عليه كمن ادعى عبداً في يد رجل فأنكر دعواه فصالح رجل المدعي على دراهم دفعها اليه على ان يكون العبد له ثم اقام المصالح البينة بوجه ذي اليد على ان العبد كان للمدعي لاتقبل بينته ولا يحلف ذي اليد في هذه الدعوى ولكن اذا اقر يؤمله بدفع العبد الى المصالح ويكون المصالح بمنزلة المشتري . وقد يكون خصماً في اليمين ولا يكون خصماً في البينة كمن اشترى عيناً وقبضها ثم اقر بانها لغير البائع ودفعها الى المقر له ثم طلب الثمن من بائعه واراد اقامة البينة على ان المبيع كان للمقر له لاتقبل بينته وله ان يحلف البائع بان المبيع ما كان للمقر له فأن نكل البائع رد الثمن . وقد يكون خصماً في البينة دون اليمين كالوكيل اذا اراد رد المبيع لعيب قديم فيه فقال البائع رضي الموكل به تقبل بينته وليس له تحليف الوكيل وكذا الوكيل بطلب الشفعة تقبل عليه البينة بأن الموكل اسقط حقه ولا يحلف ومنها ادعى عبدين في يد رجل فأنكر ثم صالحه عن دعواه على احدهما ثم اقام البينة ان العبدين له يأخذ الآخر وليس له تحليف ذي اليد اليمين . وكذا للأب وللوصي اقامة البينة بما للصغير وعليه وعليهما سماع البينة ولا يكلفوا لليمين ولا يحكم عليهم بنكولهم . وكذا اذا كانت التركة مستغرقة بالدين كلها او اكثر مما ادعى به وادعى مدعٍ آخر على الميت ديناً وعجز عن البينة فليس له تحليف الغرماء اصلاً وليس له تحليف الورثة اذا كانت التركة مستغرقة بالدين لعدم الفائدة من اقرارهم بحق الغير .

[مثلاً اذا اتى احد من ارباب الحرف وادعى على احد بقوله ان رسولك فلاناً اخذ مني المال الفلاني اعطني ثمنه يكون المدعى عليه خصماً للمدعي اذا انكر لأنه يكون مجبوراً على دفع ثمن المبيع وتسليمه عند اقراره وتسمع دعوى المدعي و بينته على هذا الحال] لأن حقوق العقد في الرسالة تعود الى المرسل لا الى الرسول فاذا اقر المدعى عليه بأرسال الرسول الزم بدفع الثمن ٠ وفي النتيجة ادعى عليه بان مدينه اعطاه الف قرش ليسلمها له فانكر المدعي عليه الدعوى يكلف المدعي للبينة ٠ وفي الأنقروي اذا كان النسب مما يثبت باعتراف المتداعيين كأخوة فالمدعي خصم اذا ادعى حقاً والا فلا ٠ وكذا ادعى بأن المدعي عليه امره بدفع دينه لدائنه فدفعه عنه وطلب الرجوع عليه فأنكر المدعى عليه دعواه يكلف المدعي لأقامة البينة واذا ادعى بأن وكيله او وليه او وصيه باع المال وسلمه وتوفي قبل قبض الثمن وطالب المدعى عليه بالثمن مسئلة مختلف فيها من حيث صحة الخصومة ٠ واذا اشترى مالاً ثم قبل ان يستلمه غصب من غاصب فاذا كان المشتري نقد البائع الثمن او كان الثمن مؤجلا فالمشتري خصم في الدعوى على الغاصب والا فلا ٠

[واما اذا ادعى المدعي بقوله ان وكيلك بالشراء اشترى وانكر المدعى عليه فلا يكون خصماً للمدعي لما انه لو اقر لايكون مجبوراً على دفع الثمن للمدعي وعلى هذه الحال لا تسمع دعوى المدعي] ٠

في اطلاق ذلك نظر وكان ينبغي تقييده فيما لو اضاف الوكيل الشراء لنفسه لتعود حقوق العقد اليه على مامر في المادة ١٤٦١ لأن الموكل اذا اضاف العقد الى موكله يكون في حكم الرسول ٠ وفي البزازية عن ابي يوسف فيمن ادعي على ذي اليد داراً ان الغائب اشتراها منك لأجلي فأنكره ذو اليد تقبل بينة المدعي عليه ٠ وفي الهندية ادعى على ذي اليد مالاً ان الغائب اشتراه منك بالوكالة عني فأنكره ذو اليد لاتقبل بينة المدعي ولا يكلف المدعى عليه لحلف اليمين واذا ادعاه على ذي اليد بأنه اشتراه من وكيل المدعى عليه او من وصيه حينما كان صغيراً تسمع دعواه وبينته ٠ وكذا في الهندية ادعى دابةً على ذي اليد بان شريكه الغائب اشتراها من المدعي عليه بمال التركة فادعي المدعي عليه بان الغائب امره بأخذ المبيع لمدينة كذا

وبرهن على دعواه تقبل بينته وبرهانه . وفي الخانية ادعى على ذي اليد عيناً انه كان اشتراها من غائب فلا يجبر المدعي عليه لتسليم تلك العين ولو اقر للمدعي بدعواه .

[والولي والوصي والمتولي مستثنون من هذه القاعدة فانه اذا ادعى احد على مال اليتيم او مال الوقف بأنه مالي فلا يترتب على اقرار الولي او الوصي او المتولي حكم لأنه ليس بنافذ واما انكارهم فصحيح وتسمع عليه دعوى المدعي وبينته] ولا يتوجه اليمين عليهم اذا كان لا بينة للمدعي لأن النكول عن اليمين اما اقرار او بذل والوصي والولي ليس لهما ذلك ويكفي حضور الولي والوصي بالدعاوي المقامة عليهما ولا يشترط حضور الصغير ديناً كان المدعى به او عيناً اما لو ادعى على الصبي غصباً او استهلاكاً فيشترط حضور الصغير مع ابيه او وصيه لأن الصبي مؤاخذ بافعاله والشهود يحتاجون الى الاشارة اليه واذا كان لا بينة للمدعي على دعواه فلا يشترط حضور الصغير لمجلس القاضي لأنه لو حضر لا يتوجه عليه اليمين ولا يقضى بنكوله . وكذا المتولي فلا يترتب على اقراره حكم ولا ينفذ اقراره على جهة الوقف ولا يكلف المتولي لحلف اليمين اذا عجز المدعي عن اثبات دعواه سواء كان المدعى به عيناً كالعقار والحيوان الموقوف او نقوداً موقوفةً او ديوناً ولا تسمع دعوى الكذب بالأقرار بما وقع الاقرار به لجهة الوقف ولا يكلف متولي الوقف لحلف اليمين على عدم كذب المدعي باقراره .

[ولكن يعتبر اقرار الولي والوصي والمتولي في الدعوى على عقد صادر منهم مثلاً لو باع ولي الصغير ماله بمساغ شرعي كضرورة النفقة والدين الثابت ووقعت من قبل المشتري دعوى تتعلق بذلك يعتبر اقراره] ويحلف اليمين اذا انكر دعوى المدعي ويقضي عليه بنكوله . يستثنى من ذلك عقد النكاح فاذا زوج الأب بنته حسب ولايته ثم انكر النكاح فلا يحلف ولا يحكم بنكوله اذا عجز المدعي عن البرهان الا الأمامان فقد قالا بتحليفه على عدم تزويج بنته الصغيرة (بحر) . وقد ورد في هذه المادة قيد يفيد لزوم وجود المسوغ الشرعي لبيع الولي وهذا مخالف لما ورد في المادة ٣٦٥ من المجلة اذ ورد في تلك المادة ان الأب واب الاب لهم بيع مال الصغير بمسوغ وبدونه وعندي ان الولي المقصود في هذه المادة هو غير الأب والجد . وكذا اقرار متولي الوقف ونكوله معتبر اذا كان العقد ناشئاً عن فعله ومباشرته .

مادة ١٦٣٥ [الخصم في دعوى العين هو ذو اليد فقط] او نائبه وما كل ماهو ذو يد خصم للمدعي بدعواه فلا بد من اثبات اليد بالبينة ٠ واذا اشترى شيئاً فوجده في يد غيره قبل ان ينقد الثمن فادعى عليه لاتسمع دعواه لأن المشتري ليس له استلام المبيع قبل دفع الثمن وفي المنتقى رجل باع من آخر داراً ولم يقبضها المشتري حتى غصب رجل الدار من البائع فان كان المشتري نقد الثمن فهو الخصم في الاسترداد والا فالخصم هو البائع مالم يكن قد وكله البائع بالقبض لأن الوكالة تعتبر اجازة بالقبض اما لو كان المشتري قد دفع الثمن او كان الثمن مؤجلاً فله ان يقبض المبيع بدون اذن البائع وليس للبائع حبس المبيع

[مثلاً اذا غصب احد فرس الآخر وباعه لشخص آخر واراد صاحب الفرس استرداده فلا يدعيه الا على الشخص الذي هو ذو اليد] ولا يدعيه من الغاصب الا اذا كان المال في يده لأن الخصم بالمال المغصوب المباع هو البائع فقط قبل التسليم والبائع والمشتري بعد التسليم ولأن المال المغصوب اذا سلم للمشتري وأُدعى على البائع وحده فقط لايمكن اخذه منه ٠ وفي الهندية ادعى عليه مالاً فأقر به وغاب ثم ادعى آخر به فيجب عليه ان يدعيه على ذي اليد لا على المقر له ٠ وفي البحر اغتصب دابةً من آخر فادعاها رجل واخذها بعد البرهان ثم ادعاها المغصوب منه يجب عليه ان يدعيها من ذي اليد ٠ وفي الأنقروي غاصب الغاصب ومودع الغاصب ينتصب خصماً للمالك حتى ان من ادعي مالاً في يد رجل انه ملكه غصبه منه فلان وغصبه هذا الرجل من فلان واقام على ذلك بينته تسمع دعواه ٠ وفي جامع الفصولين المودع او الغاصب لو مقراً لاينتصب خصماً للمشتري وينتصب خصماً لوارث المودع او المغصوب منه حتى لو ادعى رجل انه وارثه والمودع او الغاصب مقر بالمال لكنه قال لا ادري امات فلان او لا او قال لا ادري انك وارثه فبرهن على الموت او الوراثة تقبل هذا لو مقراً اما لو انكر وادعي الملك لنفسه فانه ينتصب خصماً لمدعي الشراء [اما] دعوى الفعل فانها تقام على غير واضع اليد كدعوى تضمين قيمة المال المغصوب فانها تقام على الغاصب ولو كان ليس بذي يد مثلاً [اذا اراد ذو اليد تضمينه قيمته فيدعي ذلك على الغاصب] ٠ وفي البزازية لو باع دار غيره وسلمها فادعي المالك على البائع ان ادعي الدار لايصح لأنها ليست في يده وان اراد تضمينه

فعلي الخلاف المعروف اذ تصح الدعوى عند من قال بتضمين العقار المغصوب ولا تصح عند من نفاه وان اراد اجازة البيع واخـذ الثمن له ذلك بالشرائط المذكورة في اجازة بيع الفضولي ٠ وهذا الحكم في المال اذا كان موجوداً بيـد المشتري اما اذا كان هالـكاً فللمالك تضمين البائع الغاصب او المشتري غاصب الغاصب راجع المادة (٩١٠) ٠

مادة ١٦٣٦ اذا ظهر مستحق للمال المشتري وادعاه ينظر الى ان المشتري هل كان قبضه ام لا فان كان قبضـه يكون هو الخصم فقط في الدعوى والشهادة ولا يشترط حضور البائع] سواء كان البيع صحيحاً او فاسداً لأن المشتري مالك وذو يد ٠ وفي الهندية ادعى عقاراً من ذي يد بأنه له اشتراه من زيد قبل شهر واثبت دعواه بالبينة فادعى ذو اليد بانه اشتراه من زيد قبـل عشرة ايام ينقض البيع الثاني ويحكم للمدعي بالعقار المدعى به و يؤخذ الثمن منه ويحفظ للبائع اذا لم يقم البرهان على نقد الثمن وكذا الحكم في هذه الدعوى اذا اقيمت على المشتري في مدة خياره اذا كان مخيراً بالشرط وهذا مقيد بالدعوى المقامة باستحقاق العين المباعة اما اذا اراد المستحق طلب قيمة المال المباع فله اقامة الدعوى بها على البائع فقط او على البائع والمشتري اذا كان المبيع هالـكاً ٠ وفي الهندية وهب داراً وسلمها فادعى المستحق انهـا له فالخصم بدعواه ذو اليد فقط (هندية) ٠

[وان كان ماقبضه من البائع يلزم حضورهما حين الدعوى والشهادة حيث ان المشتري مالك والبائع ذو اليد] اذا كان البيع صحيحاً واذا كان فاسداً فالخصم هو البائع فقط راجع المادة ٣٧١ ٠ واذا قال المدعي لا بينة لي واستحلفهما فحلفا منع المدعي من معارضتهما واذا نكلا يسلم المبيع للمدعي واذا حلف البائع ونكل المشتري يعطي المشتري الثمن الى البائع ويرد المال للمدعي واذا حلف المشتري ونكل البـائع يعطي البائع قيمة المبيع للمدعي الا اذا اجاز المالك المدعي البيع فانه يأخذ الثمن (هندية) ٠ وكذا الأخذ بالشفعة نظير الاستحقاق فالخصم للشفيع قبل التسليم هو البائع والمشتري والمشتري فقط بعد التسليم ٠ وفي البحر من اشترى شيئاً بالخيار فادعاه آخر يشترط حضور البـائع والمشتري باطلاً لايكون خصماً للمستحق فاذا ادعى المستحق عليه قبل التسليم فالخصم البائع فقط واذا ادعى المستحق بعـد التسليم فالخصم

هو البائع والمشتري الأول بملكه والثاني بيده . وفي البزازية لو باع من آخر شيئاً فادعى ثالث ان البائع كان آجره منه او رهنه قبل البيع لا يقبل متى يحضر البائع فاذا حضر و برهن عليه يقبل . وكذا ادعى عقاراً في يد آخر بأنه جار بوقف زيد وانه استأجره من متولي الوقف عمرو فادعى المدعي عليه بأن العقار جار بوقف بكر وانه استأجره من خالد يشترط في الدعوى حضور متولي الوقف .

واعلم ان الحكم بدعوى الأستحقاق على ذي اليد حكم عليه وعلى من تلقى الملك منه فلا تسمع دعوى الملك من البائع بل دعوى النتاج ودعوى تلقي الملك من المستحق بأن يقول البائع حين رجوع المشتري عليه بالثمن انا لا اعطي الثمن لأن المستحق كاذب اذ ان المبيع نتج في ملكي او ملك بائعي فتسمع دعواه بحضور المشتري ويبطل الحكم ان اثبت وتسمع دعواه ايضاً اذا قال اشتريته من المستحق ثم بعته منك وقد اختلف بلزوم حضور المستحق في هذه الدعوى فمن الفقهاء من شرط حضوره ومنهم من لم يشترط فالأظهر حضوره والأرفق بالناس عدم حضوره لأن امر الرجوع بالثمن يعود للمشتري

مادة ١٦٣٧ [يشترط حضور الوديع والمودع والمستعير والمعير والمستأجر والمؤجر والمرتهن والراهن] والغاصب والمغصوب منه [معاً عند دعوى الوديعة على الوديع والمستعار على المستعير والمأجور على المستأجر والمرهون على المرتهن] والمغصوب على الغاصب ولا يكتفي بخصومة ذي اليد وحضوره لأن يده ليست بيد خصومة بل يد امانة او يد ضمان سواء كان المال عقاراً او منقولاً (بحر) . وكذا في البحر اذا ادعى المدعى عليه بأن نصف ماهو بيده له والنصف الآخر امانة لآخر يستحضر المودع في الدعوى لعدم امكان التمييز . وفي الهندية يشترط حضور المزارع في دعوى الضياع ان كان البذر من المزارع والا فلا الا اذا كان البذر من غير المزارع وثبت فأنه يكون بحكم فيما اذا كان من المزارع وهذا في دعوى الملك المطلق اما اذا ادعى فعل الغصب على آخر يكفي لصحة الدعوى حضور المدعى عليه دون المزارع . وفي الخانية آجر دابتـه من رجل ثم آجرها من آخر وسلم فجاء الآخر واراد ان يقيم البينة على الأجارة تقبل بينته ان كان الآجر حاضراً والمؤجر مقراً بأجارة الأول لأن الاجارة الاولى تمنع الثانية وان كان الآجر غائباً لا تقبل بينة الأول على الثاني لأن يد الثاني يد

امانة ولو آجر ثم باع وسلم وادعى المستأجر على المشتري تسمع دعواه و بينته لأن المشتري مالك لا امين وكذا رهن ثم باع وسلم فالمشتري خصم للمرتهن بثبوت دعوى الرهن واسترداد المرهون وفي البحر والهندية يشترط بدعوى الوكالة للحفظ ودعوى الأمكان ودعوى السرقة ودعوى الأخذ حضور صاحب المال . وكذا اذا قال المدعي عليه ان هذا المال لفلان وقد اضاعه ووجدته فيشترط بهذه الدعوى حضور من قيل ان المال له وكذا المزارعة لأن يد السارق والأمين والمزارع والساكن والآخذ تعود الى الأمانة او الغصب وفي ذلك لابد من حضور صاحب العين في الدعوى . وفي الهندية اذا ادعى الاستحقاق في مال المضاربة فالخصم بمقدار الربح فقط هو المضارب واذا كان لاربح في المضاربة او كانت الدعوى على رأس المال فيشترط فيهما حضور رب المال

وقد اشترط حضور صاحب العين ورب المال فيما ذكر من المسائل لأن المدعي يريد اثبات كون المال له واسترداده وهذه الدعوى تؤثر على ملك ذي العين لا على ذي اليد ولأن المدعي يريد ازالة ملكية صاحب العين منها لذلك فهو المدعى عليه وحضوره شرط على ماجاء في المادة ١٦١٨ . ولا بد لدفع الخصومة من اثبات احدى هذه المسائل واذا اثبت المدعى عليه دفعه بأن المال عنده امانة لفلان بالبينة فلا تقبل البينة الا اذا شهدت بالأمانة اما اذا شهد الشهود بملكية الغائب لاتقبل شهادتهم لان واضع اليد لايمثل الغائب وليس له اقامة البينة نيابة عنه واذا حضر الغائب وادعى بان يده يد امانة عن ثالث ورابع يسمع دفعه (هندية) . وتثبت دعوى المدعى عليه باقرار المدعي بالوديعة والغصب وبتصديق المالك اذا حضر وصادق المدعى عليه واذا قال المدعى عليه هي لولدي الصغير لاتندفع خصومته لأنه خصم في الدعوى ولو كان صادقاً بقوله . وتثبت دعوى المدعى عليه الأمانة والغصب بنكول المدعي عن اليمين على عدم العلم . ويشترط لصحة الدفع بأحدى المسائل الخمسة ثمانية شروط وهي : (١) تسمية الغائب وتعيينه بالدعوى والشهادة وفي الخانية لايسمع قول المدعى عليه اذا قال هذا المال اودع عندي من شخص لا اعرفه ولا يسمع دفعه وان عين الغائب والشهود لم يعينوه لأمكان كون المدعي نفسه هو المودع الا اذا قال الشهود اودعه عنده رجل لانعرفه الا وجهاً او شهدوا بأقرار المدعي على ذلك تقبل شهادتهم عند الأمام (بحر)

(٢) يجب اثبات الايداع قبل الحكم فلا تسمع بينة المدعى عليه بعد ان ثبت عجزه وحكم

للمدعي بدعواه الا ان ذلك لا يخل بحق المالك المودع ٠ وفي الهندية ادعى المدعى عليه الوديعة من غيره وغاب شهوده فأقام المدعي شاهداً واحداً على ملكيته ثم ظفر المدعى عليه بالشهود تقبل بينته ٠

(٣) يجب ان لايدعي المدعى عليه ملكية المدعى به نفسه وفي البحر اذا ادعى المدعي الملك المطلق او الملك المقيد بالشراء الصحيح او الشراء الفاسد وبعد ان انكر المدعى عليه دعواه اثبتها المدعي ثم ادعى المدعى عليه شراء المدعى به من غير المدعي لاتسمع دعواه ٠ وفي الهندية اذا ادعى المدعي ملكاً فادعى المدعى عليه بأنه باعه من غيره وسلمه اياه ثم استودعه منه لاترد خصومة المدعي بذلك الا اذا صدقه المدعي لأن المدعى عليه اقر بخصومة المدعي باقراره المال والتصرف الحادث لايخرجه من الخصومة ٠ وفي مجمع الأنهر ادعي الملك بسبب الشراء من زيد بتاريخ معلوم فادعى المدعي عليه الملك بالشراء من زيد بغير التاريخ المدعي به فلا يكون دفع خصومة المدعي بدفعه هذا ٠ وفي التنقيح باع عقاره او رهنه او اعاره او وهبه وسلمه لآخر ثم غاب البائع والراهن والمعير فادعي آخر بأن الغائب كان باعه المبيع قبل ان يبيعه او يرهنه عند المدعي عليه تسمع دعواه بغياب الغائب

(٤) يجب ان لايقر المدعي عليه بملكية المدعى به للمدعي ٠ وفي النتيجة ادعى عقاراً فادعي المدعي عليه بان المدعى به كان للمدعي لكنه باعه لفلان الغائب وان الغائب اودعه عنده تندفع خصومة المدعي ان صدقه والا فلا تندفع خصومته ولا تقبل بينة المدعي عليه بذلك

(٥) ان لايدعي المدعي بأنه وكيل بالقبض عن الغائب بناء عليه اذا ادعي المدعي على ذي اليد ان المال الذي في يده هولفلان وانه باعه اياه ووكله بقبضه تسمع دعواه وبينته (بهجة) ٠

(٦) ان لايدعي المدعي بفعل على ذي اليد بناء عليه اذا ادعي غصباً فادعى المدعى عليه الوديعة فلا تردخصومة المدعي وكذا الدعوى بالسرقة فلا يسمع بضدها دفع المدعى عليه الأيجار او الأمانة من غير المدعي الا ان يدعي فعلاً انتهت احكامه كقول المدعي ان المدعى عليه اشتري المال المدعى به منه ونقده ثمنه واستلمه فادعى المدعى عليه بأن المال في يده امانة من غير المدعي يكون قد دفع خصومته (هندية) ٠ وكذا اذا ادعى فعلاً على غير ذي اليد كقوله ان هذا المدعي به سرق مني فادعي الدعي عليه الوديعة من غيره يسمع دفعه وترد خصومة المدعي (هندية) ٠

يستثني من ذلك دفع المدعى عليه اذا ادعى الوديعة للمدعي من غائب فالمدعي اذا ادعى غصب عين منه من المدعى عليه فادعى المدعى عليه بأن المدعي كان اقر بان المال المدعي به لغير المدعي وان المالك كان اودعه له واثبت هذا الاقرار بالبينة يقبل دفعه وترد خصومة المدعي

(٧) يشترط وجود الوديعة والمستعار وامثالها بناءً عليه اذا كان المدعى به هالكاً لا يسمع الدفع على العارية والوديعة

(٨) يشترط ان لايكون منافع المدعي به عائدة للعموم كالطريق العام فاذا ادعى المدعي بأن المدعي عليه اغتصب الطريق العام وزرعه وادعى المدعى عليه بانه كان اخذ المدعي به وديعة او اجارةً من آخر فلا يقبل دفعه .

فائدة : ان اشتراط حضور متولي الوقف بدعاوى المستغلات الموقوفة ناشيٌ عن ماورد بهذه المادة اذا كانت الدعوى تتعلق برقبة المدعى به

[ولكن اذا غصب الوديعة او المستعار او المأجور او المرهون فللوديع والمستعير والمستأجر والمرتهن ان يدعي بأولئك على الغاصب فقط ولا يلزم حضور المالك وليس للمالك ان يدعي وحده بأولئك مالم يحضر هؤلاء] ولكن لو ادعى احد على المالك الشراء قبل الأجارة فالمالك وحده يكون خصماً للمدعي . وفي البزازية ادعى على آخر اني استأجرت هذه الدابة التي في يديك من فلان قبل ان تستأجرها انت منه ينتصب المستأجر خصماً له ان ادعى عليه فعلاً بقوله استأجرت هذه الدابة واستلمتها وانت اخذتها مني بغير حقٍ واذا لم يدع عليه فعلاً فلا لأن المستأجر لاينتصب خصماً في اثبات الملك المطلق ولا في اثبات الأجارة الا اذا ادعى الفعل .

وقد ورد في هذه الفقرة بأن للوديع والمستعير والمستأجر والمرتهن اقامة الدعوى اذا غصب المال منه لأن الوديع امين وله حفظ الوديعة والاسترداد من الحفظ . وكذا المستأجر فله استرداد المأجور من للغاصب ولو ادعى الغاصب الأمانة من غير المستأجر (بهجة) . ولا تصح دعوى المؤجر بدون حضور المستأجر الذي غصب منه المأجور على ماجاء في الفقرة الأخيرة من هذه المادة والأولى ان يكون للمؤجر الحق بأقامة الدعوى واستلام المأجور وللمستأجر استرداده منه عند حضوره .

مادة ١٦٣٨ [لايكون الوديع خصماً للمشتري] وللمغصوب منه وللموصى له ولدائن المودع وكذا الوكيل بالحفظ من جهة الغائب لو اودع عند غيره ومات فذو اليد يكون خصماً لكل من ادعاه الا ان يبرهن ان فلاناً الغائب دفعه الى الميت الذي دفعه فيخرج عن الخصومة . وفي جامع الفصولين اشترى من آخر ثلثي فرس وتسلمها منه فادعت امرأة ان لها ربعاً فيها فلا تسمع دعواها على المشتري سواء صدقته على الشراء او كذبته وبرهن لأن المشتري مودع في القدر المدعي به عن الغائب .

[فاذا ادعى احد تسليم الدار المودوعة عند الآخر بقوله اني اشتريت هذه الدار من الشخص الفلاني فسلمني اياها وقال الوديع هي امانة اودعها عندي ذلك الشخص تندفع خصومة المدعي ولا حاجة الى اثبات الأيداع] لأن المشتري والوديع اتفقا على ان اصل الملك للغائب فيكون وصول العين الى يد الوديع من الغائب فلم تكن يده يد خصومة وهذا مقيد فيما اذا قال الوديع اودعني من تدعي الشراء منه فلو قال اودعني بواسطة وكيله لم تندفع الخصومة بلا بينة لأن الوكالة لاتثبت بدون البينة . وكذا لو ادعى المدعى عليه الأيداع من غير من ادعي المدعي الشراء منه فلا يسمع دفعه بدون بينة ولا يكون الوديع خصماً للمغصوب منة فاذا ادعى المدعي فرساً وقال انها لي وان فلاناً غصبها مني فادعى المدعى عليه الايداع ممن ادعى بأنه غاصب تندفع خصومة المدعي بهذا الدفع . ولا يكون الوديع خصماً للموصى له بناءً عليه اذا ادعى على ذي اليد بأن العين المدعى بها اوصي له بها من المتوفي فلان فادعى المدعى عليه بأن المتوفي كان اودعها عنده تندفع خصومة المدعي بذلك ولا تسمع الدعوي بدون حضور الورثة (بحر) .

[ولكن لو قال المدعي نعم ان صاحب الدار كان اودعها عندك لكن بعد ذلك باعها لي ووكلني بقبضها وتسلمها منك واثبت ذلك اخذ الدار من الوديع] لأن المشتري احق بأمساكها وقد قيدوا ذلك بالبرهان احترازاً من اقرار الوديع بالوكالة لعدم نفوذ اقراره على المودع في ابطال يده وهذا بخلاف مديون الغائب فانه اذا اقر بالوكالة بالقبض يؤمر بالدفع لانه يكون قد اقر على نفسه اذ الديون تقضي بأمثالها . وفي الأنقروي مات رجل وترك مبلغاً وترك

وارثاً واحداً فأقام رجل البينة ان الميت اوصى له بثلث ماله واثبت دعواه بعد جحودها من الوارث وقضى له الحاكم بدعواه ثم غاب الوارث وظهر وصى آخر بالثلث فالخصم بدعوى الوصي الثاني هو الوصي الأول ويؤمر بدفع نصف ماقبضه له اذا اثبت دعواه ٠

مادة ١٦٣٩ [لا يكون الوديع خصماً لدائن المودع بناءً عليه اذا اثبت الدائن طلبه الذي هو في ذمة المودع في مواجهة الوديع فليس له ان يستوفي الدين من الوديعة التي عنده] اي ليس له الأثبات ولا الاستيفاء من الوديع الا اذا اثبت بان المودع قد امر الوديع بدفع دينه من الوديعة التي عنده [ولكن من كانت نفقته واجبة على الغائب له ان يدعي نفقته على الوديع ليأخذها من دراهم الغائب التي هي امانة عنده على ماذكر في المادة ٧٩٩] ٠

وفي فتاى علي افندي رجل غاب فادعت امرأته ان في يد ابيه وديعة وطالبته بالنفقة فاذا انكر الأب الوديعة فلا خصومة بينهما واذا اقر فأما ان تكون الوديعة من غير الدراهم والدنانير وما لايصح نفقة الأزواج او لا ففي القسم الأول لا خصومة بينهما وفي القسم الثاني لها ان ترافع لكن ترفع امرها للحاكم ليحكم عليه بالدفع لأنه من جنس حقها وليس للأب ان يدفع لها بغير اذن القاضي ٠ وكذا الحكم بالمال الموجود بيد الوديع والمضارب ويحلف القاضي الزوجة على ان الغائب لم يعطها النفقة ولم تكن ناشذاً او مطلقةً ٠ ولا يؤمر الأب والوديع والمضارب بدفع النفقة من مال الغائب الموجود في يده ان كان من الأعيان لانه لايكلف ببيعه واداء النفقة من ثمنه ولأن القاضي ليس له ان يبيع مال الغائب للأنفاق ٠ واذا امر القاضي الوديع او المديون باداء النفقة الى زوجة الغائب ثم حضر وانكر اداءها او انكر القدر المدعى به فيقبل قول الوديع في الدفع بيمينه ٠ اما المديون فلا يقبل قوله بدون بينة والفرق في ذلك هو ان القاضي له ولاية الالزام فاذا امر الوديع بالدفع ودفع فهو امين ومصدق بيمينه اما المديون فانه لايصدق لأنه يدعي ثبوت دين له بذمة الغائب لان الديون تقضى بامثالها ٠

مادة ١٦٤٠ [لايكون مديون المديون خصماً للدائن] ٠ وكذا مودع المديون وشريكه لايكونان خصماً للدائن وليس للزوجة ان تدعي مهرها على مدين الميت او على مودعه وشريكه ولها اقامة دعواها على وارثه او وصيه ٠ وفي التكملة يصح اثبات الشراء في وجه مدعي دين في التركة المستغرقة [فليس لمن كان له في ذمة الميت طلب ان يثبت حقه في مواجهة مديونه و يستوفيه منه] ولو كانت تركة الميت مستغرقة بالدين ٠ وفي العمادية لايملك الدائن اثبات دينه على غريم التركة اي مدين الميت ولا على الموصى له واذا اثبت على الوصي او الوارث يثبت له ولاية الاستيفاء منهما باعتبار ان تركة الميت بيدهما ٠ وفي التكملة رجل وهب جميع ماله لآخر وسلمه اياه ثم مات فادعى عليه آخر بعين انها له او بدين على الميت تسمع دعواه لأنه في الأولى يدعي عيناً من واضع اليد وفي الثانية يدعي ديناً من تركة في يده ولكن يشترط في الثانية ان تكون الهبة في مرض الموت ٠ وكذا المستأجر لايكون خصماً للمستأجر ولا للمرتهن فليس للمستأجر ان يطلب من مستأجر او مرتهن تسليمه مأجوراً استأجره من المالك ولو بتاريخ اقدم من تاريخ استئجار او رهن المدعي عليه مالم يكن المالك حاضراً او يدعي المستأجر على المستأجر الآخر فعلاً او كانت اجارة المدعى عليه من غير موئجر المدعي ٠ وكذا الوكيل بالاقراض لايكون خصماً للمستقرض لأن وكيل الاقراض يجب عليه اضافة العقد الى موكله كما مر ذلك بشرح المادة ١٤٦٠ وهو رسول ٠ وكذا الدائن لايكون خصماً للدائن ٠ وفي الهندية توفي المدين وترك وارثاً فادعى الدائن بوجهه واثبت دينه واستوفاه فغاب الوارث فحضر دائن آخر فليس له خصومة الدائن الاول واقامة الدعوى عليه ٠ وكذا الغاصب من المتوفي ومودعه والوكيل من الورثة بقبض دين المورث ومدين المتوفي ودائنه والموصى له لايكونون خصماً ٠ وفي الهندية للمتوفي مأة ليرا بيد الغاصب او بيد المستقرض او بيد الوديع فادعى رجل بدين له قبل المتوفى او بوصية له من المتوفي وكان واضع اليد منكراً للوفاة فلا تسمع دعوى المدعي الا على الوارث ٠ وكذا وكيل الورثة بقبض ما لمورثهم بذمم الناس لايكون خصماً للدائنين (حموي) ٠

مادة ١٦٤١ [لايكون المشتري من المشتري خصماً للبائع مثلاً لو باع احد

لآخر مالاً وبعد القبض باعه المشتري لآخر ايضاً فليس للبائع الأول ان يطلب ويدعي الثمن على المشتري الثاني بقوله ان المشتري الأول كان اشترى مني هذا المال وقبضه بدون ان يدفع لي ثمنه فاعطني ثمن المال او المال لأحبسه الى استيفاء الثمن ولا تسمع دعواه هذه على المشتري الثاني] بدون حضور البائع الاول بل دعواه على المشتري الاول لأن الثمن صار ديناً بذمته وهذا ظاهر فيما لو قبض المشتري الاول المبيع بأذن البائع اما لو قبضه بدون اذنه وقبل دفع الثمن بدون اذن البائع واذا قبضه لايعتبر قبضه ومتى كان قبضه غير معتبر كان للبائع استرداده منه ومن المشتري الثاني . وقد ورد في الهندية مايخالف هذا الرأي اذ قيل مانصه رجل اشترى ناقة من آخر بألف درهم فلم ينقد الثمن وقبضها بغير اذن البائع وباعها من رجل آخر بمأة دينار وتقابضا وغاب المشتري الأول وحضر بائعها واراد استردادها من يد المشتري الثاني فأن اقر المشتري ان الأمر كما وصف البائع الاول او قال لا ادري احق ماقاله البائع الأول او باطل فلا خصومة بينهما حتى يحضر المشتري الأول انتهى . وفي الدرر الكفيل ينتصب خصماً عن الأصيل بالكفالة بالأمر بلا عكس اي الأصيل لاينتصب خصماً عن الكفيل لأن القضاء على الكفيل قضاء على الاصيل والقضاء على الأصيل ليس قضاء على الكفيل فاذا لقي الدائن الأصيل وادعى عليه بألف درهم وله كفيل بأمره واقام البينة عليه ثم لقي الكفيل فليس له ان ينفذ الحكم عليه الا بعد سماع البينة بحضوره اما لو لقي الكفيل اولاً واثبت عليه ثم لقي الأصيل ينفذ حكمه عليه لان الكفيل ينتصب خصماً عن الأصيل

مادة ١٦٤٢ [يصح ان يكون احد الورثة خصماً في الدعوى التي تقام على الميت او له] ولو كان الوارث زوجاً او زوجة وكذا الوصي المختار او المغصوب سواء كان المتوفي مديناً وتركته مستفرقة او غير مدين وسواء كان الوارث واضعاً يده على التركة او لا لأمكان ظهور ماهو متروك عن المتوفى اخيراً واستيفاء ماقضى به منه . وفي العمادية اثبات الدين على الميت بحضرة الوارث او الوصي يجوز وان لم يكن في ايديهما شيء من التركة لما في الأثبات من الفائدة وهو التمكن من اخذ مال الميت عند الظهور . ولا حاجة لذكر كل الورثة بل ذكر احدهم والبرهان عليه بوجوب اداء الدين من التركة التي في يده يكفي . واذا ادعى الوارث ديناً

لمورثه على آخر او عيناً وعدد الورثة حكم بالدعوى ولا يسلم الا نصيبه واذا كان المدعى به عيناً لا بد للوارث من بيان مقدار نصيبه منه واذا عجز الوارث عن اثبات الدعوى وحلف المدعى عليه فليس لباقي الورثة تحليفه مرة ثانية . واذا ادعي الوارث وفاة مورثه وانحصار ارثه به وطلب من مورثه ماله بذمته من الديون او بيده من الأعيان فاذا اقر المدعى عليه حكم عليه واخذ الوارث الدين او العين منه واذا ظهر بعد ذلك المورث حياً اخذ من مورثه ماله بذمته ورجع المدين على الوارث واذا انكر المدين الدين والوفاة ونسب المدعي يكلف المدعي للبرهان واذا عجز فله تحليف المدعى عليه واذا اقيمت الدعوى على الوارث وانكر وفاة مورثه ووضع يده على متروكاته يحلف على عدم علمه بالوفاة وعلى عدم وصول التركة ليده بتاتا وقد قيل انه يحلف مرتين وقيل يحلف مرة واحدة واذا انكر الوارث وصول التركة ليده وعجز المدعي عن اقامة البرهان على ذلك فله تحليفه واذا ادعى الدائن وجود التركة بيد المدعى عليه الوارث يكلف لبيان افرادها واذا كان المتروك عقاراً يكلف لبيان حدوده الا اذا اقر الوارث بأن التركة كافية لوفاء المال المدعى به (هندية) .

واذا ادعى وصي الميت ديناً عليه فالحاكم ينصب وصياً آخر يدعى عليه اذ دعواه على نفسه لا تصح واذا ادعى الوصي ديناً على الميت وعجز عن الأثبات يعزل ولا يؤخذ المال من يده الا اذا ادعى عيناً معينة فان القاضي يأخذها منه وقيل يعزل لأنه يستحل مال اليتيم. وقيل يقول له القاضي اما ان تبرئه او تقيم البينة والا اعزلك فأما ان يفعل والا عزل . وفي الخانية رجل مات وترك وارثاً وعليه دين يحيط بتركته فالوراث خصم للغرماء ويقوم مقام الميت في الخصومة . وفيها مات في بلد ووارثه في بلد آخر فادعى رجل على الميت ديناً فاذا كان الوارث غائباً غيبة منقطعة نصب القاضي وصياً وقضى للمدعي ببينته وان لم تكن الغيبة منقطعة لا ينصب . وفي الهندية الموصى له بالثلث لا يكون خصماً لدائن الميت سواء كان الوارث حاضراً او غائباً اما الموصى له بأكثر من الثلث يصلح خصماً لدائن الميت لأن استحقاق مازاد عن الثلث من خصائص الوارث والوارث ينتصب خصماً للغريم . وكذا امين بيت المال ينتصب خصماً بما لبيت المال وعليه اذا كان موظفاً كمشاور الحقوق في زماننا او وكلاء الخزينة فيما سبق او الوكيل المأذون من القاضي

باقامة الدعوى والخصومة او سماعها . وكذا الموهوب له في مرض الموت يكون خصماً بالتركة لأن الدين متعلق بالتركة والتركة في يده

اما الخصم بدعوى النسب هو الوارث والوصي ومديون المتوفي ووديعه ودائنـه والموصى له سواء كانوا مقرين او منكرين لدعوى المدعي وذلك خلافاً لما جاء في هذه المادة . وكذا الخصم بدعوى الوصاية (اي اذا ادعى رجل بأنه وصي الميت) هو الوارث والمديون والموصى له

[ولكن الخصم في دعوى عين من التركة هو الذي في يده تلك العين والوارث الذي لم يكن ذا يدٍ ليس بخصم] ويشترط ان تكون العين المدعي بها غير مقسومة وجميعها بيد الوارث المدعى عليه وان يكون مقراً بها بأنها موروثة واذا اثبت المدعي العين التي في يد الوارث انها له يقضي له ولا يكلف باعادة البينـة بحضور باقي الورثة واذا كان بعض المدعى به بيد وارث والبعض الآخر بيد الوارث الآخر يكلف المدعي لاقامة البرهان على كل منهما (تكملة) . ولا يكون الوارث الحاضر خصماً عن الغائب في العين المتروكة المقسومة بينهما ولو كان الغائب سلم حصته للوارث الحاضر وديعةً ويجب لخصومة المدعى عليـه الحاضر ان تكون العين كلها في يده فاذا كان بعضها في يد غيره فلاخصومة له الا بما هو موجود بيده . وكذا يجب ان يكون الوارث المدعى عليه مقراً بالارث وبان العين التي في يده موروثة فاذا ادعى الملك المطلق او ادعي انتقالها له بالأرث من غير المورث الذي عينه المدعي لايكون خصماً اضافة للتركة . اما في دعوى الدين على الميت فأحد الورثة ينتصب خصماً عنهم وان لم يكن في يده شيء لأن حق الدائن شائع في جميع التركة بخلاف العين وهذا اذا كان الوارث مدعى عليه اما اذا كان مدعياً ارث العين على المدعي فان اثبت كان القضاء بالارث له ولبقية الورثة اذا ادعاه ارثاً له ولهم وان لم يثبت واثبت المدعى عليه دفعاً صحيحاً تندفع دعوى الارث بحق الحاضر والغائب

[مثلاً يصح لأحد الورثة ان يدعي طلب الميت الذي هو في ذمة آخر و بعد الثبوت يحكم بجميع الطلب المذكور لجميع الورثة وليس للوارث المدعي ان يقبض الا حصته من ذلك ولا يقبض حصص سائر الورثة] . واذا ادعى الوارث حصته فقط واثبتها لايثبت حق الباقين ببرهانه ولا يقضى الا بنصيبه واذا حكم على المدعى عليـه بدعوى

الوارث المقامة اضافة للتركة ينظر فاذا انكر المدعى عليه دعوى المدعي يؤخذ المدعى به منه ويسلم للمدعي حصته والباقي يسلم لعدلٍ يأتمنه القاضي خوفاً من فرار المدعى عليه الذي ثبت احتياله بانكاره الدين او العين المدعى بها ولو عقاراً (تكملة)

[كذلك لو اراد احد ان يدعي بدين على التركة فله ان يدعي في حضور واحد من الورثة فقط سواء وجد في يد ذلك الوارث من التركة مال او لم يوجد فاذا ادعى هكذا بحضور واحدٍ من الورثة ديناً واقر به ذلك الوارث يؤمر باعطاء ما اصاب حصته من ذلك الدين ولا يسري اقراره الى سائر الورثة] وسواء كان للميت مال او كانت تركته مستغرقة بالدين لأمكان وجود مال للمتوفي بعد الحكم كوديعة او بضاعة او دينٍ لأن المدعي اذا حرم من اقامة الدعوى والبرهان ربما تغيبت شهوده وتعذر عليه الأثبات واذا اثبت الدائن دعواه بحضور احد الورثة فليس للورثة الباقين ولا للدائنين اذا كانت غريمة طلب الاثبات بحضورهم مرة ثانية واذا عجز الدائن عن اثبات دعواه يحلف الورثة واحداً بعد واحد ولا يكفي تحليف احدهم لأن الناس يتفاوتون في اليمين ولأن الوارث يستحلف على عدم العلم وربما لا يعلم الاول بدين الميت ويعلم الثاني (خانية) . وفي الهندية اذا كان بعض الورثة غائباً او صغيراً يحلف الغائب عند حضوره والصغير عند بلوغه . وكذا للورثة استخلاص التركة المستغرقة بالدين بدفع قيمتها الحقيقية وجعلها مالاً لهم وليس للدائنين الامتناع من استخلاص التركة واذا اراد بعض الورثة استخلاصها وامتنع الباقون يستخلصها من اراد منهم وليس للدائن ان يأخذ من الوارث اكثر من نصيبه من الارث الا اذا كان ذا يد على مال الميت فيأخذ الدائن جميع مابيده وكذا للدائن اخذ مال الميت الموصى به الموجود بيد الوصي بمقابل دينه واذا ادعي المدعي الدين في التركة لا حاجة الى ذكر كل الورثة بل اذا ذكر واحداً منهم وبرهن عليه انه واجب عليه اداء الدين من التركة التي في يده يكتفي ولو كان الوارث صغيراً وبرهن على وصيه . ويشترط بدعوى الوارث الارث بيان عدد الورثة وعلى المدعي بيان نصيبه من الارث ليعلم مقدار ماسيحكم له به . وفي التكملة اذا كان للميت اربعة اولاد وادعى المدعي

ديناً بوجه احدهم واقر له الوارث بدعواه يحكم عليه بربع الدين ويستوفى منه وكذا لو مات وترك ثلاثة بنين وثلاثة آلاف درهم فأخذ كل الفاً ثم ادعى رجل ان الميت اوصي له بثلث ماله وصدقه احد الورثة يأخذ منه الموصى له ثلث مافي يده (انقروى) . وفي در المختار الوارث اذا اقر بدين ثم شهد هو ورجل آخر ان الدين كان على الميت تقبل شهادة هذا المقر ولو بعد القضاء لعدم دفع المغرم لأن الوكيل لايلزمه كل الدين . وفي الأنقروي اذا كانت التركة مستغرقة بالدين او كان الدين مساوٍ لموجود التركة فلا يعتبر اقرار الورثة بالدين ولا يحلفو اليمين عند انكارهم . وفي الهندية يجب اعتبار اقرار الوارث المقر ولو كانت التركة مستغرقة ويحكم عليه لأمكان ظهور مال للميت يمكن الاستيفاء منه .

[وان لم يقر واثبت المدعي دعواه في حضور ذلك الوارث فقط يحكم على جميع الورثة واذا اراد ان يأخذ طلبه الذي اثبته من التركة فليس لسائر الورثة ان يقولوا له اثبت ذلك في حضورنا ايضاً ولكن لهم صلاحية دفع دعوى المدعي] . وفي الهندية اذا اقر الوارث المدعى عليه بدعوى المدعي فللمدعي اقامة البينة على دعواه حتى يتعدى الحكم باقي الورثة . وكذا اذا كان الوارث المدعى عليه بائعاً وباقي الورثة صغاراً فللدائن اثبات دعواه بالبرهان ليتعدى الدين الى كل انصباء الورثة . ولا يجوز اقرار الوصي بدين الميت الا ان يشهد هو ومعه آخر فيصح على سبيل الشهادة ولو قضى الوارث دين الميت من التركة بأقراره فجاء دائن آخر يضمن له وان اداه بقضاء لم يضمن ويشارك الأول ولو ادعى ديناً في التركة ليس له ان يطلب من القاضي احتفاظ التركة مخافة الأتلاف من الورثة مالم يقم البينة . وفي الحامدية اذا كان لزيد استحقاق معلوم في وقف اهلي فمات لا عن تركة وله ولد انتقل الاستحقاق اليه بشرط الواقف فادعى عمرو ديناً بذمة زيد لايكلف ولده لدفع هذا الدين من استحقاقه .

[واما اذا اراد ان يدعي احد من التركة قبل القسمة الفرس الذي هو في يد واحدٍ من الورثة بقوله هذا فرسي وكنت اودعته عند الميت فالخصم من الورثة هو ذو اليد فقط] ولا تثبت يده بدون بينة . وفي الأنقروى فما لم يثبت كونه صاحب اليد

لمال الميت لا يصير خصماً عن الميت وتصادقهما ان المحدود في يد المدعى عليه لا يكون حجةً على الميت ولا يكتفي به القاضي لأنهما متهمان في ذلك ·

[وان ادعى على احد من باقي الورثة لاتسمع دعواه واذا ادعي على ذي اليد وحكم باقراره فلا يسري اقراره الى سائر الورثة ولا ينفذ اقراره الا بمقدار حصته ويحكم بكون حصته في ذلك الفرس للمدعي وان انكر الوارث الذي هو ذو اليد واثبت المدعي دعواه يحكم على جميع الورثة راجع المادة ٧٨] ويسمع دفع الورثة الباقين اذا حضروا وادعوا دفعاً صالحاً كقولهم ان الفرس لهم انتقل لهم بالشراء او بالأرث من غير المورث المدعي انه مديون للمدعي · وفي البزازية ادعى الخارج كون الدار ميراثاً عن ابيه وصاحب اليد ادعى كونها له فبرهن الخارج وقضى له ثم ان الأخ المقضى عليه ادعي كونها ميراثاً له عن ابيه الذي هو ابو المقضى عليه وبرهن يقضي بنصفها للمدعي هذا لأن المقضى عليه لم يذكر كونها ميراثاً فاقتضي القضاء عليه

وينتصب الحاضر خصماً عن الغائب بشروط هي كون العين كلها في يده وان لاتكون مقسومة وان يصدق الغائب على انها ارث عن الميت المعين وفي جامع الفصولين في يد الحاضر ضيعة وفي يد الغائب ضيعة اخرى ادعى على الحاضر متول انهما وقف رجل واحدٍ على كذا وبرهن فان قالا انهما وقف رجل واحدٍ على كذا او وقفاً واحداً وكانتا ملكه يقضي على الحاضر والغائب بوقفيتهما وان قالا وقفهما وقفاً متفرقاً يقضي على الحاضر فقط

مادة ١٦٤٣ [ليس لأحد الشركاء في عين ملكوه بسبب غير الأرث ان يكون في الدعوى خصماً للمدعي في حصة الآخر] لأنه لاينتصب احد خصماً عن احد قصداً بغير وكالةٍ او نيابةٍ او ولاية (اشباه) اما في دعوى الارث فينتصب احد الورثة خصماً عن البقية لأن الدعوى قائمة على الميت فكل من الورثة ينوب عنه لأن كلاً منهم قائم مقام المورث حقيقة وحكماً بخلاف دعوى غير الارث [مثلاً لو ادعى احد في حضور احد الشركاء الدار التي ملكوها بطريق الشراء بأنها ملكه واثبت ما ادعاه وحكم بذلك

يكون الحكم مقصوراً على حصة الشريك الحاضر فقط ولا يسري الى حصص الباقين]٠
وكذا اذا اقام المدعي دعواه بالدابة المشتركة بينه وبين غائب مناصفةً على ذي اليد تسمع دعواه ويحكم له بالنصف فقط٠ وفي الهندية رجل مات واوصي بوصايا شتى لأناس مختلفين فحضر واحد من الموصى لهم واقام البينة على الوصي بحضور احد الورثة فعلي قول ابى حنيفة يقضى بنصيب الحاضر دون الغائب ٠ وفي الأنقروى رجل في يده دار اقام آخر بينة انها له واقام رجل آخر بينة انها له ولفلان اشترياها من ذي اليد ونقدا الثمن وقبضاها والشريك غائب ففي قياس ابي حنيفة يقضى بالدار ارباعاً لأن المدعي له ولشريكه يدعي النصف فقط لأنه ليس بخصم بحصة الغائب فهو مدعٍ بالنصف واذا كان مدعي الشراء يدعيها له ولأخيه ارثاً عن ابيه فان القاضي يقضي للذي يدعي الكل لنفسه بنصف المدعي به وبالنصف للميت ويدفع الربع الى الابن الحاضر ويدع الربع في يد المدعى عليه حتى يحضر الغائب فاذا حضر الغائب اخذ الربع بدون بينة واذا استحق مال المضاربة فالخصم هو المضارب بمقدار حصته من الربح فقط ولا يشترط حضور رب المال في هذا القدر ولولا ربح فالخصم رب المال لا المضارب ٠

مادة ١٦٤٤ [تسمع دعوى واحد من العامة اذا صار مدعياً ونحكم على المدعى عليه في دعاوي المحال التي يعود نفعها الى العموم كالطريق العام] فاذا احدث رجل مسيلاً او جسراً في الطريق العام فلأحد المارة اقامة الدعوى عليه اما اذا وقع التعدي على طريق قرية اهلها قوم محصور او غير محصور فليس لأحد العامة اقامة الدعوى على المتعدي بل ان الخصومة تنحصر بأهالي تلك القرية لأن العامة هم غير القوم غير المحصور واذا اقيمت الدعوى من العامة او عليها فلا يسري اقرار المقر على العامة بدون بينة وكذا الحكم بالبينة يسري على القوم غير المحصور ولا يسري على القوم المحصور لأن القوم غير المحصور لا يتولى الدفاع احدهم عنهم٠
وفي الحامدية لاتسمع دعوى رقبة الوقف من احد المستحقين لأن المستحق له ريع الوقف لا الرقبة وتسمع دعواه بأذن القاضي وكذا مستحق غلة الوقف لايملك دعوى الغلة وانما يملكها المتولي وفي در المختار الموقوف عليه الغلة او السكن لايملك الأجارة ولا الدعوى ولو غصب منه الوقف الا بتولية او اذن قاض ولو الوقف على رجل معين على ماعليه الفتوى ٠

مادة ١٦٤٥ [يكفي حضور البعض من الطرفين في دعوى الأشياء التي

منافعها مشتركة بين اهالي قريتين كالنهر والمرعى اذ كانوا قوماً غير محصورين واما اذا
كانوا قوماً محصورين فلا يكفي حضور بعضهم بل يلزم حضور كلهم او وكلاهم]
بناءً عليه اذا اختلف قومان غير محصورين بنهرٍ وادعي كل منهم انه لهم تسمع دعوى واحدٍ
من قوم على آخر من القوم الثاني انما يجب اثبات مثل هـذه الدعاوى بالبينة ولا يكفي فيها اليمين
لأن المشقة بجلب القوم الغير المحصور محققـة وبجلب القوم المحصور غير موجودة والمشقة
تجلب التيسير ·

مادة ١٦٤٦ [اهالي القرية الذين عددهم يزيد على المائة يعـدون قوماً غير
محصورين] بما في ذلك الرجال والنساء والصغار والكبار والعقلاء والمجانين لأن اهل القرية
يدخل في عدادهم كل من سكن بتلك القرية ·

* * *

« الفصل الرابع »

(في بيان التناقض)

عدم التناقض شرط في الدعوى لأن التناقض مانع لصحة الدعوى لظهور كذب المدعي
بأحد قوليه

انواع التناقض هي ادعاء الملك بعد طلب المدعى به للشراء او للأستئجار او بعـد الاقرار
بأنه ملك الغير او بعد الابراء ، والأدعاء يطلب ملكية دارٍ ادعى تولية وقفها ، وادعاء ملكية
الدار بعد الاقرار بوقفيتها

الأدعاء بفساد البيع او النكاح بعد الكفالة على ثمن المبيع او المهر

الادعاء بوقوع التوكيل كرهاً بعد الاقرار بوقوعه طوعاً

الادعاء بوقوع البيع او الفراغ وفاءً بعد الاقرار بوقوعه قطعياً

ادعاء الوديعة بنقود كان اقر بأنها ثمن مبيع اشتراه

الأدعاء يكون المال الذي باعه بأنه ملكه هو مال الغير
الادعاء بملكية المبيع بعد الكفالة بالدرك
الادعاء بملكية مبيع قبض ثمنه وسلمه لموكله حسب وكالته
الادعاء بعيب قديم في المبيع بعد الاقرار بقبض المبيع واستيفاء الحق
الادعاء بالأداء مفصولاً عن الاقرار بدين لدائن
انكار قبض المال الذي ادعى المدعي انه اعطاه اياه ليدفعه الى دائنه ثم الادعاء بدفعه
انكار الأمر بالكفالة والدفع حسب الكفالة ثم الاقرار بذلك والادعاء بالابراء من الكفيل
انكار البيع المدعي به ثم الادعاء بأنه كان وفائياً
الأدعاء بدفع المورث ماعليه من الدين بعد الاقرار ببقائه
الادعاء باداء الدين للدائن بعد الادعاء بادائه لغير الدائن بدون اذنه
الادعاء بوقوع الاقرار مواضعةً بعد الادعاء بأنه لم يعامل المدعي اصلاً
الادعاء بدفع الدين في بلد بعد ادعاء الدفع في بلد آخر
الادعاء بكون الأصيل دفع ماعليه من الدين بعد الاقرار بوجود الدين بذمته بطريق الكفالة
الادعاء بكون الدار التي يدعيها اخوه ارثاً لهما من مورثهما بأن مورثه لاحق له في الدار اصلاً ثم الادعاء بأنه اشتراها من مورثه
الأدعاء لنفسه بمال كان ادعاه لغيره
الادعاء بحق من زيد ثم ادعاؤه به من عمرو
الادعاء بملكية التركة بعد المبادرة لقسمتها
الادعاء بوقوع العقد فاسداً او وفاءً بعد الادعاء بأنه وقع باتاً
ادعاء احد الأقرباء ملكية مال كان باعه قريبه بحضوره وسكت
الأدعاء بملكية عقار كان تصرف فيه غيره بحضوره هدماً وبناءً وسكناً واسكاناً مدة مرور الزمن .

مادة ١٦٤٧ [التناقض يكون مانعاً لدعوى الملكية] اذا كان الكلام الأول قد اثبت حقاً لشخص معين والا لايمنع الدعوى كقوله لاحق لي على احد من اهالي دمشق ثم ادعى على واحدٍ منهم تسمع دعواه . وفي الخانية اذا قال هذه الدار ليست لي ثم اقام البينة انها له

قبلت بينته لأنه لم يقر لرجل معروف ولأن الاقرار للمجهول باطل ولأن التناقض انما يمنع اذا تضمن ابطال حق على احدٍ . ولا يشترط للتناقض وقوع الكلامين المتناقضين في مجلس الحاكم ولا يمنع التناقض دعوى النسب للأبوة او للبنوة فاذا ادعى الأب النفقة على ابنه وانكر الأبن ابوته ثم مات الاب فللولد طلب الارث . وكذا اذا قال احد مرتزقة الوقف المشروط ريعه للأولاد واولاد الأولاد انني لست بأبن الواقف ثم ادعى البنوة والاستحقاق تسمع دعواه . ولا يسري التناقض على شريك المقر فأذا باع احد مالاً لآخر ثم ادعى هو واخوه بأن المال مشترك بينهما شراءً او ارثاً من ابيهما ترد دعوى البائع للتناقض وتسمع دعوى شريكه وتطلب منه البينة .

[مثلاً لو اراد احد ان يشتري او يستوهب او يستودع او يستعير او يستأجر مالاً ثم ادعى بأنه ملكه قبل الاشتراء او قبل الاستيهاب والاستيداع والاستعارة والاستئجار لاتسمع دعواه] ولا يقبل توفيقه ولو قال بأن المال هو لي وقد غصبه مني المدعى عليه ولما لم اتمكن من استرداده منه طلبت شراءه . وكذا الحكم في الأراضي الأميرية فاذا طلب احد استئجار ارضٍ من آخر ثم ادعى التصرف فيها لا تسمع دعواه لأن الاستشراء اقرار بأنه لا ملك له فيه فدعواه الملك قبل الاستشراء تناقض وتسمع دعواه الملك بعد الاستشراء لأمكان التوفيق وكذا طلب استشراء اثمار الأشجار لايمنع ادعاء طالب الشراء بنفس الأشجار لأن كلمة مال الواردة في هذه الفقرة يحترز بها من الزوائد

واذا ادعى كل من المدعي والمدعى عليه استيام الآخر منه ترجح دعوى مؤخر التاريخ وبينته واذا لم يؤرخا تعتبر دعوى المدعي لأنها بحكم الملك المطلق واذا ادعى المدعي بان المال له وان المدعى عليه اقر له به وادعى المدعى عليه بأن المال له وان المدعي استامه منه وبرهنا على دعواهما تبطل البينتان ويبقى المدعى به بيد ذي اليد .

[وكذا لو قال ليس لي حق عند فلان ابداً ثم ادعى عليه شيئاً لاتسمع دعواه] بشيءٍ بتاريخ سابق على تاريخ البرائة اما لو ادعى ديناً وجب له بعد وقوع الابراء تسمع دعواه لعدم التناقض واذا استمهل في قضاء الدين ثم ادعى الابراء بعد الاستمهال تسمع دعواه

وكذا اذا اقر المتوفي قبل وفاته في مرض موته لوارثه او لأجنبي بأن لاحق له قبله ثم توفي فلا تسمع دعوى الدين من وارثه على المقر له وكذا لاتسمع دعوى الكفيل بعد الكفالة على ثمن المبيع بأن البيع كان فاسداً واذا ادعى المدعي ديناً من ثمن المبيع وبعد ان عجز عن الاثبات رجع فادعى الامانة لاتسمع دعواه للتناقض وتسمع دعواه اذا ادعى وديعة ثم ادعى ديناً (بهجة) ٠

وكذا لاتسمع دعواه اذا ادعى ديناً ثم ادعى مال شركة وتسمع دعواه اذا ادعى شركة ثم ادعى ديناً لأن مال الشركة يصير ديناً بالجحود والدين لايصير مال تركة ٠ وكذا اذا باع مالاً ثم اقر بأنه ملك غيره لايعتبر اقراره ولا تقبل شهادته للغير بالبيع وكذا لاتسمع دعوى الملك فيما كفله الكفيل ولا تسمع دعوى العيب القديم في المبيع بعد القبض والاقرار باستيفاء الحق وتسمع دعوى كون الثمن المقر بقبضه زيوف ولا تسمع دعوى المقر الأداء قبل الاقرار اذا ادعى الأداء مفصولاً وتسمع دعوى الاداء موصولاً ولا تسمع دعوى الاداء بعد الاقرار موصولاً ولا مفصولاً ولا تسمع دعوى اداء الدين من المورث بعد الاقرار والدفع من الورثة ولا تسمع دعوى الكفالة بعد دعوى القرض بدين ادعى بانه قرض وتسمع الدعوى من الوارث بأن المال له من مورثه بالشراء بعد ان ادعاه بالأرث وتسمع دعواه الارث بعد دعوى الشراء لأمكان التوفيق بالوجه الثاني ٠

[وكذلك لو ادعى احد على آخر بقوله كنت اعطيتك كذا مقداراً من الدراهم على ان تعطيها الى فلان والحال انك ما اعطيتها له ولكونها في يدك اطلبها منك وانكر المدعى عليه ذلك بقوله لم تعطني اياه فأقام المدعي البينة ثم رجع المدعي عليه واراد دفع الدعوى بقوله نعم كنت اعطيتني ذاك المبلغ وانا دفعته الى من امرت فلا يسمع دفعه ٠

ولكن اذا انكر المدعى عليه الحاصل بأن قال ذمتي بريئة او ليس لك في ذمتي شيء ثم اثبت المدعي دعواه بالبينة فقال المدعى عليه نعم كنت اعطيتني ذلك المبلغ وانا دفعته الى من امرت تسمع دعواه راجع المادة ١٦٥٧ وشرحها ٠ وكذا اذا ادعى رجل على آخر بمال قائلاً انك امرتني بدفع مبلغ كذا الى دائنك بشرط الرجوع عليك فدفعته اعطنيه فأنكر المدعي عليه الدين والأمر

والاداء وبعد ان اثبت المدعي دعواه ادعى المدعى عليه الأبراء فلا تسمع دعواه لأن الابراء يدل على سبق الوجوب والمدعي عليه قد انكر ذلك مطلقاً . وكذا لاتسمع دعوى البرائة من الكفالة من كفيل انكر الكفالة واثبت المدعي دعواه بالبينة (بهجة) .

وكذا ادعى مال شركة فأنكر المدعى عليه وجود الشركة وبعد ان اثبت المدعي دعواه ادعى المدعى عليه الاداء فلا تسمع دعواه اما لو انكر المدعي عليه بقوله لا مال لك قبلي ثم ادعى الاداء بعد اثبات المدعي دعواه يسمع دفعه لعدم التناقض .

[وكذلك لو ادعى احد الدكان الذي هو في يد غيره بأنه ملكه واجاب ذو اليد بقوله نعم كان ملكك ولكن بعتني اياه في التاريخ الفلاني وانكر المدعي ذلك بقوله لم يجر بيننا بيع ولا شراء قط فأقام المدعى عليه البينة واثبت ما ادعاه ثم رجع المدعي فادعى بأن قال اني كنت بعته لك في ذلك التاريخ لكن هذا البيع كان عقد بطريق الوفاء وبشرط مفسد هو كذا فلا يسمع دفع المدعي] .

وكذا اذا ادعى المدعي ديناً فادعى المدعى عليه الأداء بدمشق ثم لما عجز عن اثبات دعواه ادعى الاداء في بيروت فلا تسمع دعواه الثانية للتناقض الا اذا وفق بين كلاميه بأن قال دفعته لك في دمشق ولما انكرت القبض دفعته لك مرة ثانية في بيروت

وكذا اذا اقر الكفيل بدين من جهة الكفالة ثم ادعي كون المدين الأصيل ادى الدين قبل الاقرار لاتسمع دعواه

وكذا ادعي الأخ على اخيه بفرس في يده قائلاً ان هذا الفرس لوالدي وقد تركها ارثاً لنا فأنكر المدعى عليه دعوى المدعي بقوله ان والدنا لم يكن مالكاً لهذا الفرس بوقت ما وبعد ان اثبت المدعي دعواه ادعى المدعى عليه شراء المدعى به من ابيه فلا تسمع دعواه للتناقض اما لو قال جواباً على دعوى المدعي ان هذا الفرس ليس الى ابيك فقوله لايمنع دعواه الاخيرة

وكذا ادعى مالاً على آخر فتصالحا على مبلغ ثم ادعى المدعى عليه الاداء قبل الصلح فلا تسمع دعواه . وكذا اذا ادعى الكفيل بأن المال الذي كفله ناشئ عن قمار فلا تسمع دعواه اما اذا

اقر الدائن بهذه الدعوى تبرأ ذمة الكفيل والأصيل ولا يقال بلزوم سماع البينة على اقرار الدائن بذلك لأن البينة تسمع بالدعوى الصحيحة .

اما المسائل التي لاتعد من التناقض فهي :

١ً — اذا قال المدعي ان جد المدعى عليه هو بكر ثم ظهر انه عمرو فلا ترد دعواه لأمكان تسمية جد المدعي عليه بأسمين

٢ — اذا ادعي المدعي عليه الأداء بعد الادعاء بالابراء فلا يكون قوله متناقضاً لأمكان كون البرائة برائة استيفاء وهي عين الاداء المدعي به اخيراً

٣ — اذا ادعى المدعِي عليه الأداء ثم ادعى احالة المدعي بالمبلغ المدعى به وقبول الحوالة من كل منهم واداء المحال به من المحال عليه فلا يكون متناقضاً بقوليه

٤ — اذا ادعى المدعي ارث الفرس من والده بدعوى اقامها على اخيـه فادعى المدعى عليه قائلاً ان اباك لم يكن ذا حق بالمدعى به ثم ادعي الشراء من ابيه فلا يكون قد تناقض بقوليه . اما اذا قال المدعي عليه لم يكن لوالدك حق في المدعى به في الزمن الماضي ثم ادعي الشراء فلا تسمع دعواه الا اذا ادعي اقرار مورثه له بها بعد ذلك

٥ — اذا ادعى المدعى عليه بأن لاشركة بينه وبين المدعي او لا مال للشركة في يده ثم ادعي الأداء او الابراء تسمع دعواه لعدم التناقض اما لو ادعي الأداء بعـد ان ادعى بأنه لم يعقد بينه وبين المدعي شركة اصلاً فلا تسمع دعواه الثانية للتناقض

ويجوز لمن وجد التناقض بدعواه ان يرجع الى دعواه الأولى لأنهـا دعوى لم يظهر كذبها وتسمع دعواه الاولى اذا رجع ولا ترد للتناقض مثلاً لو ادعي ملكاً مقيـداً ثم ادعاه مطلقاً ورجع لدعوى الملك المقيـد تسمع دعواه اما لو بقي مصراً على دعواه الملك المطلق ترد دعواه للتناقض .

لاحقة : واعلم ان فروع التناقض كثيرة فاذا ادعى على آخر انه اخوه وادعى عليه النفقة فقال المدعي عليه ليس هو بأخي ثم مات المدعي عن تركة فادعى المدعى عليه الميراث منه لا يقبل للتناقض وان ادعى طالب النفقة الأبوة او البنوة وكذبه ثم بعد موته صدقه المدعى عليه وادعى الأرث تقبل والفرق هو ان ادعاء الولادة مجرداً يقبل لعدم حمل النسب على الغير بخلاف دعوى الأخوة . وكذا ادعاه اولاً للوقف ثم لنفسه لا تسمع وبالعكس تسمع لصحة الاضافة بالأخصية

انتفاعاً وكذا ادعى المقيد ثم المطلق لاتسمع والعكس يسمع . وكذا باع ضيعة ثم ادعى انها وقف عليه وعلى اولاده لاتسمع دعواه وبينته لأنه يدعي فساد البيع وحقاً لنفسه وقيل تسمع دعواه الوقف اذا كان مجهلاً والا فلا وقيل تسمع بينته فقط لا لصحة الدعوى بل لقبول البينة في الوقف بلا دعوى . وكذا باع داراً بالوكالة عن امه ثم ادعى الملك لوالده لاتقبل دعواه وبينته (بزازية) . وكذا اذا اقر بدين ثم ادعى بأن بعضه دين وبعضه رباً وبرهن تسمع بينته . وفي التكملة انكر البيع فبرهن عليه المشتري فادعى البائع الأقالة يسمع هذا الدفع . وبما ان مسائل التناقض كثيرة جداً لايمكن لكتابنا هذا ان يحتويها فعلى من اراد معرفتها بجذافيرها مراجعة كتب الفقه لأنها طافحة في ذلك .

مادة ١٦٤٨ [كما انه لايصح لأحد ان يدعي المال الذي اقر بكونه لغيره بقوله هذا مالي كذلك لايصح ان يدعيه بالوكالة او بالوصاية عن آخر] . للتناقض لأن المال لايكون بوقتٍ واحد لشخصين مختلفين والتناقض كما يمنع المدعي من ان يدعي المال لنفسه يمنعه من الدعوي به لغيره بالوكالة والوصاية انما يجب ان يكون اقراره الأول في حال الدعوى والنزاع اما اذا اقر بدون دعوى وبدون نزاع بمالٍ لغيره لايمنع من الادعاء به بعد ذلك لنفسه لعدم امكان حصول التناقض في ذلك وكذا اذا استعار او استأجر ثوباً ثم ادعى انه لأبنه الصغير تسمع دعواه وبينته لأن الاستئجار او الاستعارة لا يفيد الاقرار بملك المعير والمؤجر وكذا اذا بيع عقار فشهد في حكمه ثم ادعى العقار للمسجد حسب توليته عليه تسمع دعواه اذا لم يكتب في الصك ان البائع باع ملكه والا لاتسمع

واذا اقر بمال لآخر ثم بعد ان مضت مدة يمكن للمقر بها ان يشتري المال من مالكه فادعى الشراء لنفسه تسمع دعواه وبينته اذا شهدت بالشراء بعد الأقرار ويندفع التناقض برد الاقرار من المقر له فاذا اقر المقر بان المال الى زيد ورد زيد هذا الاقرار ثم ادعي المقر بأن المال له تسمع دعواه وبينته .

وكذا اذا اخذ الدلال المال ونادى بأنه الى فلان ثم ادعى بانه ملكه فلا تسمع دعواه اما اذا عرضه للبيع من دون ان يبين بانه ملك احد فلا يمنع من الدعوى لنفسه

ويحصل التناقض في الدعوى ودفع الدعوى وكذلك يحصل التصديق على الدعوى المتناقضة

من المدعي والمدعى عليه ومن غيرهما فاذا ادعى رجل بدار قائلاً ان هذه الدار لي ورثتها عن ابي فقال المدعى عليه ان هذه الدار لي حتى ان اباك كان اقر لي بها يسمع دفعه وتندفع دعوى المدعي وكذا ادعى مالاً بيد غيره وبرهن على دعواه فادعى المدعى عليه بأن المدعي كان اقر بملكية المدعى به لآخر يسمع دفعه وترد دعوى المدعي . وكذلك الدلال اذا نادى على مال بأنه لزيد ثم ادعاه لنفسه لا تسمع دعواه . يستثنى من هذا ان المدعي اذا ادعى بأنه كان باع المال المدعى به من زيد فأنكر زيد الشراء وادعى الملك لنفسه فرجع المدعي وادعى الملك لنفسه تسمع دعواه اما اذا ادعى المدعي بأن المدعى به لواضع اليد ثم ادعى بيعها له وانكر المدعى عليه الشراء ثم ادعى المدعي الملك لنفسه لاتسمع دعواه .

وكذا اذا اقر بمال لآخر ثم ادعى بما اقر به لنفسه او لغيره بالوكالة او الوصاية لاتسمع دعواه وله ان يدعي بالوكالة او الوصاية عن المقر له اما اذا لم يقر بالملك لآخر بل اقر بان المال ليس له بدعوى مقامة عليه من مدعٍ فعلى رواية الجامع يعتبر قوله هذا اقرار للمدعي وعلى رواية الأصل ليس باقرار للمدعي لكن القاضي يسئله اهو ملك المدعي فان اقر به امره بالتسليم اليه وان انكره يأمر المدعي بأقامة البينة عليه وهو الراجح وكذلك اذا قال من لم يكن ذا يد على المال هذا ليس لي او ليس ملكي او لاحق لي به او ليس لي به حق لا تسمع دعواه الملك ولو كان اقراره الأول بدون دعوى ونزاع واذا قال هذا القول واضع اليد تسمع دعواه بالأتفاق لأنه لم يقر بملك لأحد ولم يثبت حقاً لأحدٍ وقد اقر بمجهول والاقرار بالمجهول باطل والتناقض انما يمنع صحة الدعوى لأنه يبطل حق الغير وهنا لاحق لغير المقر يراد ابطاله . لذلك اذا اضاع رجل فرسه ثم وجده وقال انه ليس له وغصب منه بعد ذلك ولما ان اقام الدعوى على الغاصب تمسك الغاصب باقراره مدعياً التناقض لايلتفت الى قول الغاصب . واذا ادعى كل من المدعي والمدعى عليه الملك وكل منهما ادعى اقرار الآخر له بالملك وبرهنا على دعواهما يترك المال بيد ذي اليد ولا يقضى لأحدهما به .

مادة ١٦٤٩ [اذا ابرأ احد اخر من جميع الدعاوى فلا يصح له ان يدعي عليه بعد ذلك مالاً لنفسه] لا بالأصالة ولا بالكفالة وليس له ان يدعي عليه عيناً ايضاً الا اذا ادعى العين او الدين بعد الابراء والاقرار بناءً عليه اذا ادعى المدعي بعد هذا الابراء على المدعي

عليه غصب فرس او دين لا تسمع دعواه الا مؤرخة بعد تاريخ الأبراء . وكذلك اذا ادعي على المدعى عليه عيناً او ديناً وبرهن على دعواه ثم اقر بأنه لاحق له قبل المدعى عليه ترد دعواه ويلغي الحكم اذا كان حكم بالدعوى . واذا ادعي المدعي عليه الأبراء واقر المدعي له بذفعه وادعى بأن الأبراء مقدم على حصول الحق المدعى به وبرهن على دعواه يحكم له به والا يحلف المدعى عليه اليمين على ان الحق المدعى به لم يكن مؤخراً عن الأبراء لأن المسقط والموجب اذا تعارضا يعتبر المسقط ولأن السقوط لايكون الا بعد الوجوب سواء اتصل الوجوب بقضاء ام لم يتصل فاذا ادعي المدعي حقاً وادعي المدعي عليه الأبراء يعتبر ادعاء المدعى عليه اذا برهن عليه لأنه مسقط للحق والاسقاط لايكون الا بعد الوجوب . وكذا دعوى الدين . فاذا اقر المدعي بأن لاحق له قبل المدعي عليه ثم ادعى عليه ديناً لاتسمع دعواه لا اصالة ولا كفالة ولا ارثاً ولا موروثاً اي لاتسمع دعواه بأن لمورثه الذي توفي قبل الاقرار بذمة المدعى عليه حق كان مجهولاً حين الاقرار عنده وكذا لاتسمع دعوى الورثة حقاً من اجنبي بعد اقرار مورثهم بان لاحق له قبل المدعي عليه . ولا يعتبر الابراء اذا كان مجهولاً فاذا ابرأ اهل قرية وهم قوم غير محصور ثم ادعى حقاً على احدهم تسمع دعواه . وكذا اذا ابرأ من حق معلوم فله الادعاء بغيره وكذا اذا ادعي على المدعي عليه بحق ثم ابرأ ذمته منه تسمع دعواه عليه بغيره . وكذا اذا اشار الى دكان وقال ليس لي في هذه الدكان شيء ثم ادعى بحق بموجوداتها فاذا كان ما ادعاه غير موجود بها وقت الاقرار تسمع دعواه والا فلا .

ولا تسمع دعوى المدعي بالغبن الفاحش والتغرير وفساد البيع بعد ابراء ذمة المشتري من دعوى الغبن والتغرير وفساد البيع . وكذا اذا ادعي نصف دار معلومة وقال انه لايملك الا النصف المدعى به ثم ادعى كامل الدار فلا تسمع دعواه اما اذا ادعى نصف الدار فقط ولم يقر بعدم ملكيته للباقي لاتمنع دعواه الأولى دعواه الثانية . وكذا لاتسمع دعوى الوارث على الوارث الآخر بحق بالتركة بعد اقتسامها والابراء من كل حق لها .

[ولكن يصح له ان يدعي عليه لغيره بالوكالة او الوصاية] . لأن الاقرار لايسري على غير المقر . وكذا تسمع دعوى المقر لنفسه بما اقر به اذا اقر المدعي عليه ثانياً بدعوى المدعي لأمكان تجدد الملك فاذا اقر المدعى عليه بدعوى المدعي ثم ادعى الابراء العام يعتبر اقراره دون

الابراء . وهذا ينحصر بالأعيان دون الديون لأن دعوى الدين لا تسمع بعد الابراء ولو اقر بها المدعى عليه ولأن الدين وصف يسقط بالسقوط والساقط لا يعود فاذا ابرأ الدائن ذمة مدينه من دينه عليه وقبل المديون هذا الابراء ثم ادعى الدائن الدين واقر له به المدعى عليه وادعى الابراء واقر له به المدعي تسمع دعواه الابراء ويقضى له بها .

مادة ١٦٥٠ [اذا ادعى احد مالاً لآخر فلا يصح له بعد ذلك ان يدعيه لنفسه] ولا لغيره ولو كانت دعواه الأولى بالوصاية او بالتولية لأن الادعاء لآخر اقرار الا اذا وفق المدعي قوله بأن قال ان المال كان لموكلي ثم اشتريته منه او تملكته بسبب كذا تسمع دعواه . وكذا الوكالة فاذا ادعى الدعي مالاً وقال المدعي عليه ان هذا المال لموكلتي فلانة وانك كنت وهبته لها ثم ادعى بأن المدعى به ملكه لا تسمع دعواه . وكذا الوكالة فليس للوكيل الذي ادعى المال لموكله ان يدعيه لنفسه او لغيره لعلة التناقض ايضاً الا اذا وفق بين كلاميه بأن قال بان هذا المال كان لزيد ووكلني به ثم باعه لعمرو تسمع دعواه .

[ولكن يصح له ان يدعيه لآخر بعد ما ادعاه لنفسه لأن الوكيل بالدعوى قد يضيف الملك الى نفسه ولكن عند الخصومة لا يضيف احد ملكه الى غيره واذا اضافه لغيره يكون اقر له به] لذلك اذا ادعى احد ملكية عقار ثم ادعى به لغيره وانه وقفه عليه تسمع دعواه

مادة ١٦٥١ [كما ان الحق الواحد لا يستوفى من كل واحدٍ من الشخصين على حدةٍ كذلك لا يدعى الحق الواحد من جهة واحدة على رجلين]

لذلك اذا قبض الدائن حقه من الأصيل يبرأ الكفيل واذا اخذه من الكفيل يبرأ الأصيل . وكذلك اذا ادعى بأنه اعطى مبلغاً لزيدٍ ليسلمه الى دائنه فلم يسلمه اياه وانكر المدعى عليه عليه دعواه وعجز المدعي عن اثباتها وحلف المدعى عليه اليمين ثم ادعى على غيره نفس الدعوى لا تسمع . وكذا ادعى بأن زيداً باعه فرساً استحق بعد الاثبات والحلف واخذ منه ولم يثبت دعواه البيع ثم ادعى البيع على عمرو لا تسمع دعواه الا اذا وفق بقوله كنت اشتريته من زيد وبعد ان جحد بيعي باعها من عمرو ثم اشتريته من عمرو واستحق . وكذلك اذا ادعى المستأجر

التعمير باذن زيد من المؤجرين ثم ادعاه باذن عمرو او باذن جميع الشركاء لاتسمع دعواه·

مادة ١٦٥٢ [يتحقق التناقض في كلام الشخصين اللذين هما في حكم المتكلم الواحد كالوكيل والموكل والوارث والمورث كما يوجد في دعوى المتكلم الواحد فاذا اقام الوكيل او الوارث دعوى متناقضة للدعوى التي سبقت من الموكل او المورث في خصوص واحد فلا تصح] · فاذا قسمت التركة بين الورثة واقر كل واحد منهم بانه استوفى حقه ثم توفي احدهم وادعى وارثه حقاً من التركة لاتسمع دعواه·

مادة ١٦٥٣ [يرتفع التناقض] اولاً [بتصديق الخصم مثلاً ادعى احد على آخر الفاً من جهة القرض ثم ادعى ان المبلغ المذكور من جهة الكفالة فصدقه المدعى عليه يرتفع التناقض] · وكذا اذا باع ماله من آخر واقر بقبض الثمن بموجب سند ثم ادعى جانباً الثمن تسمع دعواه اذا اقر بها الخصم والا فلا ·

ثانياً : اذا ترك المدعي دعواه الأولى وحصر دعواه بالثانية تسمع دعواه ببعض الخصوصات فاذا ادعي الملك المطلق ثم ادعى الملك المقيد لاتسمع دعواه الا اذا ترك دعواه بالملك المطلق لأن الملك المطلق اكثر من الملك المقيد · ولا تسمع دعواه ببعض الخصوصات كمن ادعى الملك لزيد لاتسمع دعواه الملك لعمرو ولو ترك دعواه الاولى

مادة ١٥٥٤ ثالثاً [ويرتفع التناقض بحكم الحاكم] مطلقاً يستثنى من ذلك اذا ادعي المدعي الشراء من المدعى عليه دعواه وقال بأنه لم يبعه اصلاً فاثبت المدعي دعواه فادعى المدعى عليه وجود عيب قديم في المبيع وطلب رده للعيب فادعي المدعي عليه ابراء ذمته من جميع العيوب من المدعي لاتسمع دعواه·

[مثلاً ادعى احد المال الذي هو في يد غيره انه مالي وانكر ذلك المدعى عليه بقوله ان هذا المال كان لفلان وانا اشتريته منه واقام المدعي البينة على دعواه وحكم بذلك يرجع المحكوم بثمن المال على البائع لأن التناقض الذي وقع بين اقراره بكون

المال للبائع وبين رجوعه بالثمن عليه بعد الحكم قد ارتفع بتكذيب حكم الحاكم إقراره]

وكذا اذا ضبط المال بالاستحقاق من يد المشتري فرجع المشتري على بائعه بالثمن بعد اثبات البيع وانكار البائع المدعى عليه البيع يرجع البائع على بائعه ولا يلتفت للتناقض ·

وكذا اذا ادعى المدعي على المدعي عليه بثمن مبيعٍ باعه اياه واثبت دعواه البيع بعد الانكار من المدعى عليه العيب القديم تسمع دعواه

وكذا اذا ادعى المدعي على المدعى عليه كفالة لآخر بدين واثبت الدين والكفالة بعد الانكار يرجع المدعى عليه الكفيل على المدين لأن التناقض رفع بحكم الحاكم

وكذا اذا ادعى المدعي على المدعى عليه ثمن المبيع فادعى المدعي عليه الاداء لوكيل المدعي واثبت دعواه بعد الانكار يرجع المدعي على الوكيل بالثمن

وكذا اذا ادعى المدعي على المدعى عليه ديناً لمورثه فادعى المدعى عليه الاداء لوصي المدعي حينما كان قاصراً واثبت دعواه بعد الانكار يرجع المدعي على الوصي بما قبضه

مادة ١٦٥٥ رابعاً [يعفى التناقض اذا ظهرت معذرة المدعي وكان محل خفاءٍ]

كالنسب والوصاية والطلاق والولاية والتولية والابراء والشراء فوراً والأرث والوقف ووجود المال المغصوب فالتناقض بالنسب يعفى بالأصول والفروع فاذا قال ان هذا الولد هو مني بعد ان قال ليس مني تسمع دعواه لان النسب لا ينتفي بالنفي وكذا اذا قال انا لست بوارث لفلان ثم ادعى الارث وبين الجهة تسمع دعواه وكذا الطلاق فاذا تخالعت الزوجة مع زوجها ثم ادعت الطلاق الثلاث قبل المخالعة تسمع دعواها وكذا الورثة اذا اعطوا الزوجة ارثها لا يمنعوا من الدعوى بطلاقها لخفاء ذلك عليهم لأنهم استصحبوا المال بالزوجة وخفيت عليهم البينونة

وكذلك الوصاية فاذا اعطى الورثة الوصي وصيته الموصى بها ثم ادعوا رجوع المورث بوصيته تسمع دعواهم · وكذلك الوصي تسمع دعواه الغبن الفاحش بعد البيع وكذلك الحكم بالولي والوالي والمتولي · وكذلك المديون اذا دفع الدين وادعى بعد ذلك الابراء تسمع دعواه ويسترد مادفعه لأنه كان حين الاداء يجهل الابراء وكذلك الوارث تسمع دعواه ابراء الدائن لمورثه بعد الاداء لجهالة ذلك عليه · وكذلك الشراء مستوراً فاذا اشترى المشتري مالاً ضمن غلافٍ ثم لما كشف عليه وجده انه له تسمع دعواه به · وكذلك وجود المال المغصوب فاذا ادعى المدعي قيمة المغصوب ثم ادعى وجوده عيناً في يد الغاصب تسمع دعواه ·

[مثلاً اذا ادعى المستأجر على المؤجر بعد استئجار الدار بأنها هي ملكه وكان ابوه قد اشتراها له في صغره ولم يكن له خبر بذلك عند الاستئجار وابرز سنداً يحوي هذا المنوال فتصير دعواه مسموعة] لأمكان شراء الدار للصغير بدون علمه على ان طلب الاستئجار يناقض دعوى الملك راجع المادة ١٥٨٣

[كذلك لو استأجر احد داراً ثم حصل له علم بأن تلك الدار هي منتقلة اليه من ابيه ارثاً وادعى بذلك تسمع دعواه] وكذلك اذا ادعي الوصي الوصية فأنكرها الورثة وبعد ان اثبتها المدعي ادعى الورثة رجوع مورثهم عنها تسمع دعواه لأمكان ايصاء المورث ورجوعه بدون علمهم وكذا الصغير اذا اقر بعد بلوغه باستيفاء حقوقه جميعها من الوصي ثم ادعي بحق على الوصي تسمع دعواه . وكذا قاسم كرماً ثم اطلع على ان الجميع لوالده غرسه بيده ثم مات وتركه له ميراثاً ولم يعلم بذلك وقت القسمة تسمع دعواه . وكذا ادعى الورثة نصف الدار لهم واقروا بالنصف الآخر لشخصٍ آخر ثم ادعوا النصف الثاني بالارث عن مورثهم تسمع دعواهم خامساً يرتفع التناقض بالتوفيق كما سيأتي ذلك في المادة ١٦٥٧

مادة ١٦٥٦ [الأبتدار الى تقسيم التركة اقرار بكون المقسوم مشتركاً] وموروثاً عن المورث لأنهم حينما تقاسموا تعلق حقهم صورةً ومعنىً في عين التركة وانقطع حق المقاسم منها صورةً ومعنىً في الأعيان لا في الديون لأنها ثابتة في الذمة فلا تقسم قبل القبض

[بناءً عليه اذا ادعى احد بان المقسوم مالي بعد التقسيم فهو تناقض مثلاً لو ادعى احد الورثة بعد تقسيم التركة بانني كنت اشتريت احد هذه الأعيان المقسومة من المتوفي او كان المتوفي قد وهبه وسلمه لي في حال صحته لاتسمع دعواه ولكن لو قال ان المتوفي كان قد وهبه لي حال كوني صغيراً ولم اكن اعلم بذلك حين القسمة

يكون معذوراً وتسمع دعواه] ٠ وكذلك القسام كالورثة فلا تسمع دعواه بعد القسمة وكذلك الوصي فلا تسمع دعواه الملك بعد ان قبل الوصاية عالماً بأن المال الموصى به هو للميت٠ اما الأبتدار لقسمة غلة المال لاتكون اقراراً بالشركة بالمال فالابتدار لقسمة ثمر الكرم لاتكون اقراراً بملكية المورث للكرم لأمكان كون المورث يملك الأثمار دون الارض ٠ وكذا دعوى الدين على المورث فانها تسمع بعدقسمة التركة واذا اثبت الوارث دينه تنقض القسمة مالم يقض دينه او تبرأ ذمة الميت واذا باع احدهم حصته بطل البيع كالقسمة ٠ واذا اقتسم الورثة التركة ثم ادعى احدهم ان اباه جعل له منها الشيء الفلاني ان قال كان في صغري يقبل وان مطلقاً لا

مادة ١٦٥٧ [لو امكن توفيق الكلامين اللذين يريان متناقضين ووفقهما المدعي او المدعى عليه ايضاً يرتفع التناقض] ولا يكفي امكان التوفيق بين الكلامين المتناقضين لأن التوفيق شرط اساسي لرفع التناقض لذلك لابد من وجود ثلاثة احتمالات في التناقض وهي اما ان يكون التناقض غير ممكن التوفيق واما ان يكون قابلاً للتوفيق ولا يوفقه المتناقض او يوفقه ، فالدعوى بالصورة الاولى غير صحيحة وبالصورة الثانية صحيحة اما بالصورة الثالثة يوجد اربعة اقوال الأول التوفيق فعلاً لأن امكان التوفيق لايكفي ، الثاني كون امكان التوفيق كاف مطلقاً فلو قال ان هذا المال لي اخذته من والدي حال حياته وصحته وانكر خصمه عليه دعواه فحلفه اليمين ثم ادعى الارث تسمع دعواه لأمكان التوفيق اذ قد يكون اشتراه من ابيه ثم انكرعليه البيع ثم مات ابوه وورثه اما لو ادعى الارث ثم الشراء لاتقبل دعواه٠ والثالث اذا وقع التناقض من المدعي فلا بد من التوفيق فعلاً اذ لايكفي بذلك امكان التوفيق واذا كان التناقض من المدعى عليه فأمكان التوفيق كاف لان وجود التوفيق ظاهر والظاهر يصلح حجة للدفع لا للأستحقاق فيكفى بالدفع لا بالأستحقاق ٠ والرابع الأكتفاء بأمكان التوفيق اذا كان وجه التوفيق متحداً اما ذا كان وجه التوفيق متعدداً فلا بد من التوفيق وهذا الأختلاف يجري بالتناقض الصادر من المدعي او من المدعي وشهوده او من المدعى عليه بناء عليه اذا ادعى المدعى عليه بقوله لاحق لك علي اصلاً فأثبت المدعي دعواه فادعى المدعي عليه الابراء وبرهن يقبل دفعه على القول الثاني لأن حكمه لاحق لك تكون تارة دفعاً للخصومة وتارة قضاء وتارة ابراء وامكان التوقيق موجود ٠

[مثلاً لو اقر احد بأنه كان مستأجراً في دارٍ ثم ادعى انها ملكه لا تسمع دعواه ولكن لو قال كنت مستأجراً ثم اشتريتها يكون قد وفق بين كلاميه فتسمع دعواه].

وكذا اذا اقر بمال لزيد ثم ادعى شراءه بعد مدة يمكن الشراء بها تسمع دعواه . وكذا ادعي الهبة والقبض ثم ادعي الشراء بعد مدة تسمع دعواه [وكذلك لو ادعى احد على آخر الفاً من جهة القرض وانكر المدعي عليه ذلك بقوله لا اخذت منك ديناً ولم تجر بيننا معاملة اصلاً ولا اعرفك واقام المدعي البينة على دعواه ثم قال المدعي عليه كنت اوفيتك المبلغ المذكور او كنت ابرأتني منه فلا تسمع دعواه لكونها مناقضة لانكاره] ولا يمكن توفيق هذا التناقض لعدم امكان التأويل الا اذا قال وان كان لم يجر بيني وبين المدعي معاملة الا ان شهودي قد سمعوا بأنه ابرأني فيقبل كلامه الأخير بهذا التوفيق وكذا اذا قال انني وان كنت لم اشتر منك الا انني اوفيتك دفعاً للنزاع يسمع كلامه وتوفيقه

[ولكن لو قال بعد ادعاء المدعي ليس لك علي دين قط واثبت المدعي كونه مديوناً وقال المدعى عليه نعم كنت مديوناً ولكن اوفيتك او ابرأتني منه واثبت دعواه هذه فله ان يدفع المدعي] لأن قوله ليس لك علي دين قط يستفاد منه انه كان مديوناً وادى الدين .

[وكذلك لو ادعى احد وديعة على آخر وانكر المدعي عليه بقوله ما اودعت عندي شيئاً واثبت المدعي ذلك وقال المدعي عليه بعد الأثبات كنت رددتها اليك وسلمتها لك فلا يسمع دفعه هذا ويأخذ المدعي الوديعة عيناً ان كانت موجودةً عنده ويضمن قيمتها ان كانت مستهلكة] لأن قوله ما اودعت عندي شيئاً مناقضاً لقوله رددتها اليك . [اما لو انكر المدعى عليه بقوله ليس لك عندي وديعة بعد ما ادعى المدعي بالوجه المشروح ثم اقام المدعي البينة وقال المدعي عليه كانت لك عندي تلك الوديعة

ولكن رددتها اليك وسلمتها لك فتسمع دعواه] ٠ لأن قوله ليس لك عندي وديعة يفيد التسليم ايضاً ٠

كذلك لو ادعى احد على آخر بدارٍ قائلاً بدعواه ان هذه الدار موروثة عن ابينا فقال المدعي عليه لاحق لمورثنا بهذه الدار ثم ادعى الشراء من والده تسمع دعواه الا اذا قال بان مورثنا لم يكن بوقت من الأوقات ذا حقٍ بهذه الدار فلا تسمع دعواه الشراء بعد ذلك الا انه اذا ادعى اقرار مورثه تسمع دعواه

كذلك ادعى مالاً بيد المدعي عليه ارثاً عن ابيه او هبة من المدعى عليه ثم ادعاه شراءً من المدعى عليه او ادعى مالاً بالشراء من المدعي عليه ثم قال اني اشتريته منه فأنكر علي الشراء ووهبني اياه ينظر فاذا لم يؤرخ بالدعوايين او ارخ للثانية تاريخ مقدماً على تاريخ الأولى لاتسمع دعواه ٠ وكذلك ادعى داراً بيد المدعي عليه ارثاً عن ابيه فقال المدعى عليه ان اباك لم يملك هذه الدار بوقت من الأوقات ثم ادعي شراءها من اب المدعي لاتسمع دعواه

مادة ١٦٥٨ [اذا اقر احد بصدور عقدٍ باتٍ صحيح منه وربط اقراره هذا بسند ثم ادعى بان ذلك العقد كان وفاءً او فاسداً فلا تسمع دعواه] الا اذا ادعي كذب الاقرار راجع المادة ٥٨٩ [مثلاً لو باع احد داره لآخر في مقابلة ثمنٍ معلوم وسلمها ثم ذهب الى حضور الحاكم واقر بقوله اني بعت داري المحدودة بهذه الحدود لفلان في مقابلة هذا الثمن بيعاً باتاً صحيحاً وربط اقراره هذا بوثيقة شرعية وبعد ذلك ادعى ان البيع كان عقد بطريق الوفاء او بشرط مفسد هو كذا فلا تسمع دعواه كذلك لو صالح احد آخر عن دعوى بينهما واقر في حضور الحاكم بان ذلك الصلح قد عقد صحيحاً وربط اقراره هذا بسند ثم ادعي بان ذلك الصلح كان بشرط مفسد فلا تسمع دعواه] ٠

وكذا اذا وكل وكيلاً لاجراء عمل له واقر بانه وكله طائعاً مختاراً ثم بعد القيام بالوكالة ادعى بأن الوكالة كانت بالجبر والاكراه فلا تسمع دعواه وكذا اذا ابرأ رجل آخر ابراء عاماً من كل

حق ودعوي له عليه وربط اقراره هـذا بحضور القاضي بسند ثم ادعي بان الاقرار وقع بشرط مفسد خلافاً لما جاء في السند فلا تسمع دعواه اما الولي والوصي والمتولي فلهم الادعاء بالغبن الفاحش بعد الاقرار بالبيع بدون الغبن في مال الصغير والوقف (انقروى)

مادة ١٦٥٩ [اذا باع احد مالاً على انه ملكه في حضور آخر لشخص وسلمه ثم ادعى الحاضر بانه ملكه مع انه كان حاضراً في مجلس البيع وسكت بلا عذرٍ فينظر الى الحاضر هل كان من اقارب البائع ام لا فان كان من اقارب به او زوجها او زوجته لاتسمع دعواه هذه مطلقاً] لأن حضوره وسكوته بعد البيع والتسليم دليل على عدم ملكه وهذا قد قيل بالنظر لأطماع الناس في عصرنا • اما اذا اقر المشتري بملكية المدعي يقبل اقراره ولا ترد دعوى المدعي لمجرد حضوره في مجلس البيع • ويكفي للتناقض في هذا الباب اطلاع المدعي على البيع لا حضوره وسكوته فاذا اطلع على البيع والتسليم بعد يوم او يومين وسكت لاتسمع دعواه • وقد سكتت المجلة عن بيان درجة القرابة في هذا الباب ولم يعلم منها فيما اذا كانت تشمل الأخوان والاخوات والاعمام ام لا وقد اختلف الفقهاء في ذلك فمنهم من قال بان الأعمام من الاقارب ومنهم من قال لا وعندي ان قانون اصول المحاكمات الحقوقية قد عين درجات القرابة في المواد ٨١ و ٨٢ فيمكن الاستناد الى تلك المواد بذلك

واعلم بأن كلمة البيع احترازية من وجه فيحترز بها من الأجارة والاعارة والرهن والبيع بالاستغلال والوصية لأن المالك يمكنه ان يرضى بانتقال منافع ملكه الى غيره ولا يرضى بأنتقال نفس ملكه الى الغير وقد ورد هـذا النص بحق البيع على خلاف القياس فلا يقاس غيره عليه

[وان كان من الأجانب فلا يكون حضوره وسكوته في مجلس البيع فقط مانعاً لدعواه بل بعد حضوره وسكوته في مجلس البيع بلا عذر ان تصرف المشتري في ذلك الملك تصرف الملاك بناءً او هدماً او غرساً ورآه الحاضر ثم بعد ذلك لو ادعى بقوله هذا ملكي او لي فيه حصة فلا تسمع دعواه] لأن الأطماع في الاقارب اكثر منه في الأجانب ولذا قد اعتبر لزوم التصرف في الملك الذي بيع من الاجنبي • اما مدة السكوت

فأنها تقدر من الحاكم . ولا بد من وقوع هذا البيع بلا عذر اما لو كان المدعي معذوراً كطفل البائع الولي الذي رأى وليه يبيع ماله اضافة لنفسه وسكت او رأى المال وهو يباع وسكت لانه لا يعلم بأنه له فتقبل دعواه للخفاء

« خلاصة الباب الأول »

تعريف الدعوى وتقسيمها الى دعوى صحيحة وفاسدة والدعوى الفاسدة اما ان تكون فاسدة الوصف او فاسدة الأصل وهي الدعوى الباطلة

شرائط الدعوى : لا يشترط حضور الخصم غير المدعى عليه ولا يشترط بيان سبب الملك بالعين المدعى بها ولا يشترط تعريف وتوصيف المال الذي نشأ عن دعوى الدين

ويشترط عقل الطرفين ومعلومية المدعى عليه شخصاً (يستثنى من ذلك كتاب القاضي) ومعلومية المدعى به (يستثنى من ذلك دعوى غصب المجهول ورهن المجهول والوصية المجهولة) . وان لا يكون بالدعوى تناقض وان يطلب المدعي اخذ الحق من المدعى عليه وحضور الخصم حين الدعوى والشهادة والحكم وان يكون المدعى به محتمل الثبوت وبيان سبب وجهة الدين بدعوى الدين (على قول لأن احكام الدين تختلف باختلاف السبب) وبيان جنس ووصف ونوع ومقدار الدين

دفع الدعوى وانواعها [الدفع ودفع الدفع والدفع قبل الحكم وبعد الحكم والدفع الغير الصحيح] ويجب ان يكون دفع الدعوى من المدعى عليه يستثنى من ذلك اولاً الدفع من الوارث غير المدعى عليه فيسمع منه بالدعوى المقامة على التركة ثانياً اذا ضبط المال من المشتري بالاستحقاق تسمع بينة البائع على ان المدعي باعه اياه قبل ان يبيعه الى المشتري . وتتبدل صفة الطرفين بدفع الدعوى واسباب ثبوت الدفع عبارة عن اقرار الخصم والبينة والنكول واقرار الشخص الثالث ببعض المسائل

وتقسم الخصومة اولاً الى ثلاثة اقسام القسم الاول الخصم منفرداً وهم ذو اليد بدعوى العين ولو كان مشترياً من بائع وكل من ترتب على اقراره حكم واحد الورثة ووصي الميت والموصى له بجميع المال عند عدم وجود الوارث والوصي والموهوب له من المتوفي في مرض الموت اذا تسلم الهبة

القسم الثاني الخصم مع حضور غيره وهم اولاً احد العامة بدعوى المنافع العامة ومتولي الوقف بالدعوى المقامة من احد المتصرفين بالمستغلات الوقفية على الأشخاص السائرة ثانياً المسائل المخمسة وهي حضور المودع والمعير والمؤجر والراهن والمغصوب منه بالدعوى المقامة على المستودع والمستعير والمستأجر والمرتهن وغاصب الغاصب . اما ثبوت ذلك فيكون بالبينة واقرار المدعي وتصديق صاحب المال ونكول المدعي عن اليمين وشروطه هو تعيين الغائب بدفع المدعي وشهادات الشهود ببيان اسمه وان يكون اثبات الأيداع قبل الحكم وان لايقر المدعى عليه بانه هو او المدعى مالك للمدعى به قبل الدعوى او في الحال وان لايدعي المدعي بأنه وكيل عن الغائب بالقبض وان لايدعي فعلاً على المدعى عليه وان يكون المال المدعى به موجوداً وان لايكون المدعى به عائداً نفعه للعامة كالطريق العام . ثالثاً دعوي الاستحقاق على المشتري الذي قبض المدعى به فانها تكون بحضور البائع رابعاً دعوي الشفعة على المشتري الذي لم يقبض المبيع تكون بحضور البائع . اما الذين لايكونوا اخصاماً فهم اولاً الوديع للمشتري والوديع للمغصوب منه وللموصى له . ثانياً مديون المديون للدائن والمستأجر للمرتهن والوكيل بالأقراض للمستقرض والدائن للدائن الآخر ومشتري المشتري للبائع

وتقسم ثانياً الى سبعة اقسام وهي :

١ الخصم باقامة الدعوى واقامة البينة والاستحلاف

٢ الخصم بالدعوى والاستحلاف

٣ الخصم بالدعوي واقامة البينة

٤ الخصم بالدعوى واقامة البينة دون الأقرار واليمين

٥ الخصم بالأقرار فقط

٦ الخصم بأقامة البينة دون الاقرار واليمين

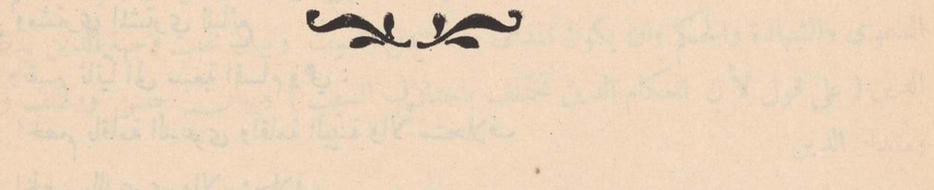
٧ الخصم بتسليم المدعي به فقط

التناقض هو سبق كلام من المدعي مناف لدعواه الا انه لايمنع دعوى الأبوة والنسب

التناقض يتحقق بكلام الشخص الواحد وبكلام الشخصين الذين هما بحكم الشخص الواحد

يرتفع التناقض بتصديق الخصم وبترك الدعوى الأولى والتمسك بالدعوى الثانية (يستثنى من ذلك ادعاء المال لزيد ثم لعمرو) و بتكذيب الحاكم و بمعذرة المدعي في محل الخفاء و بالتوفيق

ولا بد من وجود ثلاث صور في الكلامين المتناقضين الاولى عدم امكان التوفيق فتكون الدعوى غير صحيحة والثانية ان لايوفق المتناقض كلامه مع امكان التوفيق وبهذه الصورة اربعة اقوال وهي اولا لزوم التوفيق فعلاً اذ لايكفي امكان التوفيق · ثانياً كفاية امكان التوفيق مطلقاً ثالثاً عدم كفاية امكان التوفيق بتناقض المدعي دون المدعى عليه رابعاً كفاية امكان التوفيق اذا كان وجه التوفيق متحداً وعدم كفايته اذا كان وجه التوفيق مختلفاً والثالثة ان يوفق المدعي كلامه مع امكان التوفيق وهذا صحيح ·



﴿ الباب الثاني ﴾

(في حق مرور الزمان)

مرور الزمان نوعان النوع الاول اجتهادي وهو ست وثلاثون سنة فلا تسمع الدعوى التي تركت هذه المدة لأن الدعوى التي تركت خلال هذه المدة مع وجود الأعذار لا تسمع لدلالة عدم وجود الحق ٠

النوع الثاني هو مرور الزمان المعين من طرف السلطان فالدعوى الممنوع رؤيتها بهذا النوع ترى اذا امر السلطان برؤيتها وللسلطان منع بعض الحكام من سماع هذه الدعوى والأذن لبعضهم بسماعها ولذا فان مشايخ الاسلام عندما افتوا بهذا النوع من مرور الزمان قالوا « ان الدعوى لاتسمع بلا امر » الا ان هذا النهي هو بحق الحاكم لا بحق الحكَم لأن الحكَم اذاحكم بقضية بعد مرور هذه المدة ينفذ حكمه وللحاكم ايضاً ان يحكم بطريق التحكيم بقضية من هذا النوع اذا حكم من الطرفين المتخاصمين ٠

واعلم بأن مرور الزمان وان كان يمنع سماع الدعوى الا انه لايثبت حقاً فاذا تمسك المدعى عليه بمرور الزمان لاتبرأ ذمته من دعوى المدعي

اما الدعاوى الذي منع الحكام من رؤيتها فهي :

اولاً الدعاوي التي مر الزمان عليها

ثانياً دعاوى المواضعة والأسم المستعار (راجع الفقرة الموقتة من المادة الرابعة من قانون التصرف في الاموال غير المنقولة)

ثالثاً دعاوى فراغ الأراضي التي لم تجر بحضور مأمور التمليك

رابعاً دعاوي بيع وشراء العقارات اذا لم تكن جارية بدوائر الطابو (راجع الارادة السلطانية المؤرخة في ٢٧ جمادى الآخرة سنة ١٣٢٠ و ١٧ ايلول سنة ١٣١٨

خامساً دعاوى الرهن والشرط والوفاء والأستغلال التي لم تدرج في السند فقد منع الحكام من رؤيتها بتاريخ ٢٨ رجب سنة ١٢٩١ و ٢٨ اغستوس سنة ١٢٩٠

سادساً دعاوي فراغ الأراضي الاميرية بشرط الاعاشة الغير المندرج في السند فهي ممنوعة بتاريخ ١٨ صفر سنة ١٣٠٦ و ١٢ تشرين اول سنة ١٣٠٤

سابعاً دعاوي فراغ المستغلات الموقوفة بشرط الاعاشة الغير مندرج في السند

ثامناً دعاوي الفراغ الوفائي الغير مندرج في السند

تاسعاً دعاوي اولوية الخليط والشريك في فراغ الأراضي الاميرية بعد مرور خمس سنوات

عاشراً دعاوي حق الرجحان من صاحب الأبنية والاشجار القائمة في الأراضي الجارية بتصرف الغير اذا افرغت تلك الاراضي من متصرفها لغير صاحب الاشجار والابنية بعد عشر سنوات (الا ان هذا الحكم قد عدل بقوانين الاموال الغير المنقولة اذا اعتبرت الاشجار المغروسة بعد تاريخ قانون التصرف تابعة للارض)

حادي عشر دعاوي حق الرجحان لأهالي القرية المحتاجين للارض المفروغة من متصرفيها لغير سكان تلك القرية بعد مضي سنة واحدة

ثاني عشر دعاوي حق الطابو لأصحاب الاشجار والأبنية القائمة في الاراضي المحلولة اذا افرغت لغيرهم بعد مضي عشر سنوات

ثالث عشر دعاوي الخليط والشريك بتلك الاراضي بعد مضي خمس سنوات ودعاوي اصحاب الاحتياج لتلك الاراضي بعد مضي سنة واحدة

رابع عشر دعاوي الربح الملزم الزائد عن تسعة في المأة

خامس عشر عدم سماع دعوى البلوغ ممن لم يكمل الخامس عشرة من عمره اذا كانت جثته لا تحتمل البلوغ

اما السنة التي تعتبر في مرور الزمان فهي السنة الهجرية لا الرومية حتى ولو كان تاريخ السند رومياً

و يعتبر مبدأ مرور الزمان من تاريخ ثبوت الحق ومنتهاه اقامة الدعوى بحضور الحاكم . واذا اثبت مدعي مرور الزمان في دعواه يقضى له بها واذا لم يثبتها بالبينة يحلف خصمه اليمين لأن كل موضع يلزم به الخصم اذا اقر يحلف اليمين عند انكاره والخصم اذا اقر بمرور الزمان يحكم باقراره وترجح بينة مدعي مرور الزمان على بينة مدعي عدم وجود مرور الزمان سواء كان المدعى به وقفاً او ملكاً او ارضاً اميرية

ولا تمنع دعوى مرور الزمان لمجرد اقامة الدعوى واستحصال الحكم فاذا ادعى المدعي بدعوى واخذ حكماً على المدعى عليه ولم يطلبه بظرف خمس عشرة سنة ولم ينفذه بدائرة الاجراء يسقط الحكم بمرور الزمان

و يعتبر مرور الزمان اذا وقع التصرف بلا نزاع اما اذا نازع المدعي المدعي عليه في المدعى به ولم يمض على آخر دعوى اقامها عليه خمس عشرة سنة لا يلتفت لدعوى المدعى عليه مرور الزمان وكذا اذا ادعى المدعى عليه مرور الزمان وادعى المدعي تصرف المدعى عليه تلك المدة بالوكالة عنه ترد دعوى المدعي عليه .

مادة ١٦٦٠ [لاتسمع دعوى الدين] ولو كان دية [والوديعة] والعارية [والملك العقار] وكذا الملك غير العقار والحيوان والأمتعة والقصاص [والميراث وما لا يعود من الدعاوي الى العامة ولا الى اصل الوقف في العقارات الموقوفة كدعوى المقاطعة او التصرف بالاجارتين والتولية المشروطة والغلة بعد ان تركت خمس عشرة سنة] . اما دعاوي الطلاق والنكاح والوصية وما شابهها فالمجلة سكتت عن مرور زمانها ويجدر بنا ان نقول ان مرور الزمان الناشئ من المنع السلطاني لا يشمل غير الدعاوي الممنوعة صراحةً فيجب والحالة هذه سماع كل دعوى لم يكن منهياً عنها الا اذا كان مرور الزمان اجتهادي .

وتنقسم المدد لمرور الزمان في الدعاوي الحقوقية الى اقسام :

الأول الدعاوي المتعلقة بأصل الوقف ودعوى رقبة الأرض من صاحب الارض وعليه لاتسمع بعد ست وثلاثين سنة راجع المواد ١٦٦١ و ١٦٦٢

الثاني دعاوي الدين والعارية وما جاء في هذه المادة من الدعاوي فلا تسمع بعد مرور خمس عشرة سنة

الثالث مرور الزمان الذي هو عشرة سنوات راجع المادة ١٦٦٢

الرابع مرور الزمان بحق الأراضي الخالية والمحلولة التي تركت وفوضت للمهاجرين فزرعوها وانشأوا فيها ابنية لاتسمع دعوى الاستحقاق بها بعد مضي سنتين كاملتين

الخامس مرور الزمان بشهر واحد .

السادس مرور الزمان بحق العقارات التي بيعت بالمزايدة بدوائر الطابو فهو لتاريخ الاحالة القطعية على ماجاء بقانون التصرف في الاموال الغير المنقولة . لذلك لاتسمع دعوى الدين بعد خمس عشرة سنة من تاريخ الاستحقاق سواء كان الدين لأحد الناس او للأشخاص المعنوية كبيت المال

وقد وردفي الأرادة السنية المؤرخة في ٢٠ محرم سنة ١٣٠٠ و ١ تشرين ثاني سنة ١٢٩٨ عدم سماع دعاوي دين بيت المال على الأفراد اذا مر عليها خمس عشرة سنة وكذلك دعاوي الوديعة والعارية والميراث والملك والعقار ودعاوي المقاطعة المملوكة القائمة بأرض الوقف ودعاوي التولية وغلة الوقف لاتسمع بعد مضي خمس عشرة سنة

ويمكن تصوير المقاطعة والتصرف بدعاوي الوقف بأربعة وجوه الأول الملك المبني بأرض الوقف فتسمع فيه الدعوى لخمس عشرة سنة والثاني ان يكون المدعى به موقوفاً بأجارة واحدة وهذا لايمكن اقامة دعوى التصرف فيه والدعوى المقامة من متولي الوقف تسمع الى ست وثلاثين سنة والثالث ان يدعي صاحب المقاطعة على الوقف فتسمع دعواه ثبوت ملكه المحترم بالوقف لمدة خمس عشرة سنة . والرابع دعوى متولي الوقف على صاحب المقاطعة ببدل المقاطعة فهذه الدعوى هي دعوى دين

اما دعاوي التصرف بالأجارتين بعقارات الوقف اما ان تكون من احد المتصرفين على المتصرف الآخر بحق الملك المحترم او الفراغ الوفائي وهذه الدعوى لاتسمع بعد مضي خمس عشرة سنة واما ان تكون بين المتصرف ومتولي الوقف فلا تسمع بعد مضي خمس عشرة سنة سواء كان المدعى عليه متولي الوقف الذي ينكر ملكية المدعي بالأستناد الى تصرف الوقف او كان المدعى عليه هو المتصرف وجهة الوقف تدعي التصرف بدون دفع الاجرة .

مادة ١٦٦١ [تسمع دعوى المتولي والمرتزقة التي هي في حق اصل الوقف الى ست وثلاثين سنة] . فأصل الوقف هو كل شيء تعلقت به صحة الوقف وشرط الوقف هو كل شيء لاتتوقف عليه صحة الوقف . وتسمع دعوى المتولي بحق اصل الوقف سواء كانت توليته مشروطة او بنصب الحاكم — الا ان قانون توجيه الجهات قد اعطى حق توجيه التولية الى لجنة الاوقاف — أما المرتزقة فهم الذين يأخذون راتباً من غلة الوقف كالخدمة والأئمة ويقال لهم

اهل الوظائف وقد اختلف الفقهاء بخصومتهم في دعاوي الوقف فمنهم من قال بعدم جواز خصومتهم ومنهم من قال بجوازها وقد وردت هذه المادة مطلقة و يفهم من اطلاقها جواز خصومتهم الا ان هذه الخصومة اذا قيدت بأذن الحاكم يكون قد رد على القول الأول والثاني وهذا ماجرت عليه المحاكم الشرعية حتى تاريخ نشر نظام توجيه الجهات . ولا فرق بين ان يكون المدعى به في اصل الوقف مالاً عقاريا او منقولاً فمرور الزمان بدعاوي النقود والمنقولات الموقوفة هو ست وثلاثون سنة . اما ربح النقود الموقوفة وغلة العقار والمال الموقوف لا تسمع بعد خمس عشرة سنة .

[ولا تسمع بعد مرور ست وثلاثين سنة مثلاً اذا تصرف احد في ملك ستاً وثلاثين سنة ثم ادعى متولي وقف انه من مستغلات وقفي فلا تسمع دعواه] . وكذا اذا تصرف وقف في ملك ستاً وثلاثين سنة ثم ادعى متولي وقف آخر انه من مستغلات وقفه لا تسمع دعواه .

مادة ١٦٦٢ [ان كانت دعوى الطريق الخاص والمسيل وحق الشرب في عقار الملك فلا تسمع بعد مرور خمس عشرة سنة] سواء ادعى المدعي رقبة الطريق ورقبة المسيل او ادعى حق المرور وحق التسييل فقط [وان كانت في عقار الوقف فللمتولي ان يدعيها الى ست وثلاثين سنة] سواء كان المدعى عليه شخصاً عاديا او شخصاً معنويا او وقفاً واذا كان المدعي يدعي الملك في الطريق والمسيل على رقبة الوقف فمرور الزمان خمس عشرة سنة [ولا تسمع دعوى الطريق الخاص والمسيل وحق الشرب التي هي في الاراضي الأميرية بعد ان تركت عشر سنين كما لاتسمع دعوى الأراضي الأميرية بعد مرور عشر سنين] . اي لاتسمع دعوي التصرف في الأراضي الاميرية بعد هذه المدة اما دعوى الرقبة فأنها تسمع بعد ست وثلاثين سنة كما هو حكم الأرادة السنية المؤرخة في ٢٢ محرم سنة ١٣٠٠ و ٢٢ تشرين ثاني سنة ١٢٩٨ ولا فرق بين الدعوى التصرف في الأراضي الأميرية الصرفة او الاميرية الموقوفة اودعوي التصرف ضد دعوى مأمور التمليك بأن الاراضي

محلولة فجميعها لاتسمع بعد مرور عشر سنين . اما دعاوي الطريق الخاص والمسيل وحق الشرب في الاراضي الأميرية فانها لاتسمع بعد عشر سنين .

مادة ١٦٦٣ [المعتبر في هذا الباب يعني مرور الزمان المانع لأستماع الدعوى ليس هو الا مرور الزمان الواقع بلا عذر واما الزمان الذي مر بعذر شرعي ككون المدعي صغيراً او مجنوناً او معتوهاً سواء كان له وصي او لم يكن او كونه في ديار بعيدة مدة سفر او كون خصمه من المتغلبة فلا يعتبر بناءً عليه يعتبر مرور الزمان من تاريخ زوال العذر واندفاعه] . لذلك اذا كان لزيد في ذمة عمرو الف قرش فتغيب عمرو عشر سنين ثم حضر يعتبر مبدأ مرور الزمان من تاريخ حضوره لأن من المقرر ان الترك لايتأتى من الغائب له او عليه لعدم حصول الجواب منه بالغيبة والعلة هي خشية التزوير ولا يتأتى بالغيبة الدعوى عليه (رد المحتار) .

ويفهم من هذه المادة ان الأعذار ثلاثة الأول القصر والجنون والعته سواء كان القصر موجوداً في الأصل او طرأ على حال البالغ العاقد بناءً عليه اذا عقد البالغ عقداً ثم طرأ عليه عته او جنون ودام عشر سنين فيعتبرمرور الزمان بحق ديونه واماناته خمس وعشرين سنة .

الثاني الغيبوبة فانها تضاف الى مدة مرور الزمان سواء ابتدأت في الأصل بغياب المدعي عليه بأن استدان بكتاب تحريري ارسله الى الدائن وبعد ان قبض المبلغ لم يعد الى المدينة ومر على ذلك خمسين سنة او كان موجوداً في بلد المدعي وقبل مضي مدة مرور الزمان سافر وغاب . اي لابد من مرور مدة مرور الزمان بحق خصمين لم يكن احدهما غائباً عن الآخر ولا يسقط مرور الزمان اذا كان المدعى عليه غائباً ولو وكل قبل غيابه باطلاع خصمه لان كثيراً من الدعاوي تحتاج الى التحليف مثلاً والتحليف لايكون الامن المدعى عليه . ويعتبر مرور الزمان بحق الغائب ولو كان وارثاً فاذا كان لرجل بذمة ميت مبلغاً وتوفي الميت وترك ورثة بعضهم حاضر في المدينة والبعض الآخر غائب فيعتبر مرور الزمان بحق الحاضر فقط لا بحق الغائب .

الثالث التغلب فاذا مضت مدة مرورالزمان بحال التغلب لاتعتبر . ويعتبر التغلب سواء حصل في اول المدة او في اواسطها

ويوجد غير هذه الأسباب سبب آخر وهو منع الزوج زوجته من اقامة الدعوى فانهـا تقيم دعواها في مدة مرور الزمان التي تبدأ بعد زوال المنع ·

[مثلاً لايعتبر مرور الزمان الذي مر حال صغر المدعي وانما يعتبر من تاريخ وصوله الى حد البلوغ كذلك اذا كان لرجل مع احـد المتغلبة دعوى ولم يمكنه الأدعاء لامتـداد زمان تغلب خصمه ووجد مرور الزمان لايكون مانعاً لاستماع الدعوى وانما يعتبر مرور الزمان من تاريخ زوال التغلب] ·

اما عدم العلم فليس من الأعذار سواء كان المدعى به ملكاً او ارضاً اميرية او حقاً او كان المدعي اصيلاً او وارثاً او موصى له · واذا تعارضت بينة مرور الزمان بعذر ومروره بدون عذر ترجح بينة مدعي العذر ·

مادة ١٦٦٤ [مدة السفر هي ثلاثة ايام اي مسافة ثمـاني عشرة ساعة بالسير المعتدل] ولو كان سير البريد او سير السيارات والقاطرات الحديدية اقل من ذلك ·

مادة ١٦٦٥ [ساكنا بلدتين بينهما مسافة سفر اجتمعا في بلدة في كل سنوات مرة ولم يدع احدهما على الآخر شيئاً وكانت محاكمتها ممكنـة فبعد ماوجد مرور الزمان بهذا الوجه لاتسمع دعوى احدهما على الآخر بتاريخ اقدم من مدة المرور] ·

ولا بد من اجتماعهما اكثر من مرة في اثناء هذه المدة لتحقق مرور الزمان بينهما ولا يقال بأن القسم الأول اي القسم من المدة التي مر قبل اجتماعهما يجب تنزيله لأنهما لم يجتمعا فيه واجتماعهما بعده لايمنع اعتبار هذا القسم لأن المعذرة تزول بزوال المانع وقد زال باجتماعهما اكثر من مرة فاذا قلنا بعدم زواله وجب علينا اعتبار المدة الاولى ومتى اعتبرناها وجب علينا ايضاً اعتبار المدة الثانية والثالثة والرابعة وما يليها من المدد ·

مادة ١٦٦٦ [اذا ادعى احد على اخر خصوصاً في حضور المحاكم في كل سنوات مرةً ولم تفصل دعواه ومر على هذا الوجه خمس عشرة سنة] اذا كانت الدعوى من الدعاوي التابعة لهذه المدة [فلا يكون هذا المرور مانعاً لاستماع الدعوى واما مالم يكن

في حضور المحاكم من الادعاء والمطالبة فلا يدفع مرور الزمان بناءً عليه اذا ادعى احد خصوصاً في غير مجلس الحاكم وطالب به وعلى هـذا الوجه وجد مرور الزمان فلا تسمع دعواه] ولا بد من ان يكون الطلب بالدعوى بحضور الحاكم وبمواجهة الخصم كما هو صريح هـذه المادة والمادتين ١٦١٣ و ١٦١٨ بناءً عليه اذا قدم المدعي استدعاءه بظرف مدة مرور الزمان ومر الزمان قبل يوم المحاكمة ترد الدعوى بطلب الخصم لمرور الزمان اذ ان تقـديم الاستدعاء وقيده لايكفي لقطع مرور الزمان على ماجاء في هذه المادة لأن الطلب الذي لم يكن بمواجهة الخصم لا يسمى دعوى . الا ان قانون اصول المحاكمات الحقوقية جعل تاريخ قيد الاستدعاء مبدأ للدعوى فصار من الواجب اعتبار مبدأ مرور الزمن من تاريخ الاستدعاء .

مادة ١٦٦٧ [يعتبر مرور الزمان من تاريخ وجود صلاحية الادعاء للمدعي بالمدعى به فمرور الزمان بدعوى دينٍ موءجلٍ انما يعتبر من حلول الأجل لأنه ليس للمدعي صلاحية دعوى ذلك الدين ومطالبته قبل حلول الأجل] وليس للدائن حبس مديونه وتوقيفه من اجل الدين المؤجل انما يجوز اثبات الدين قبل حلول الأجل و يؤخر امر التحصيل والاستيفاء لحلول الأجل . وكذلك الزوجة فان لها اثبات مهرها المؤجل قبل الطلاق والوفاة (هندية) . الا ان المدعي اذا عجز عن اثبات الدين المؤجل لايحلف خصمه قبل حلول الأجل

[مثلاً لو ادعى احد على آخر بقوله لي عليك كذا دراهم من ثمن الشئ الفلاني الذي بعتك اياه قبل خمس عشرة سنـة موءجلاً بثلاث سنين تسمع دعواه لأنه يكون قد مر اثنتا عشرة سنة اعتباراً من حلول الأجل كذلك لايعتبر مرور الزمان في دعوى البطن الثاني بالوقف المشروط للأولاد بطناً بعـد بطن الا من تاريخ انقراض البطن الأول لأنه ليس للبطن الثاني صلاحية الأدعاء مادام البطن الأول موجوداً] لذلك لاتحسب المدة التي مضت بزمان البطن الاول الا اذا كانت ست وثلاثين سنة لأن البطن الثاني لايستحق ريعاً والا استحقاقاً ولا غلةً ولا توليةً مادام البطن الأول موجوداً

وكذلك التولية اذا ضبطت اربع عشرة سنة بمدة استحقاق البطن الأول وضبطت اربعة سنوات بمدة استحقاق البطن الثاني تسمع دعوى البطن الثاني بها لأن صلاحية الادعاء لا تتحقق للبطن الثاني الا بعد انقراض البطن الأول لأن البطن الثاني يستحق ريع الوقف والتولية بمقتضى شرط الواقف لا بطريق الأرث. واذا مر الزمان بأصل الوقف والتولية ايام البطن الأول فهل تسمع الدعوى من اصحاب البطن الثاني ؟ تلك مسئلة وان كان لم ينص الفقهاء عنها الا ان ادلتهم لما كانت لاتثبت مسائل كلية فالواجب يقضي ايضاً بسماع هذه الدعوي وقد ورد في البهجة بكتاب الشهادة ان القاضي اذا حكم بدعوى التولية المشروطة بعد اربعين سنة من ضبطها فحكمه ينقض الا ان هذه الفتوي لاتتضمن صراحةً مايحق البطن الثاني .

[وكذلك يعتبر مبدأ مرور الزمان في دعوى المهر المؤجل من وقت الطلاق او تاريخ موت احد الزوجين لأن المهر المؤجل لايكون معجلاً الا بالطلاق او الوفاة] .

وكذا اذا طلب المدعي منع المعارضة له بتصرفه بأرض اميرية قائلاً بدعواه ان الأرض الاميرية المحدودة بحدود كذا الموضوع اليد عليها من فلان منذ اكثر من عشر سنوات هي جارية بتصرفي فأطلب منع معارضة المدعى عليه لي بها وتسليمها لي فادعى المدعي عليه التفرغ من المدعي بأذن صاحب الأرض واستند الى التصرف المانع لسماع الدعوي تقبل دعواه و تبقى الارض بيده سواء ثبت التفرغ ام لا .

مادة ١٦٦٨ [لايعتبر مرور الزمان في دعوي الطلب من المفلس الا من تاريخ زوال الأفلاس مثلاً لو ادعى احد ممن تمادي افلاسه خمس عشرة سنة وتحقق يساره بعد ذلك بأنه قبل خمس عشرة سنة كان لي عليك من الجهـة الفلانية كذا دراهم طلب ولما كنت مفلساً من ذلك التاريخ لم يمكن الأدعاء ولأقتدارك الآن على اداء الدين ادعي عليك به تسمع دعواه] .

مادة ١٦٦٩ [اذا ترك احد الدعوي بلا عذر ووجد مرور الزمان على ماذكر آنفاً فكما لاتسمع تلك الدعوى في حياته كذلك لاتسمع من ورثته بعد مماته ايضاً] .
لأن الوارث يقوم مقام المورث وكذلك الحكم بالمسقفات والمستغلات الوقفية والأراضي الاميرية خلافاً للغلة والتولية المشروطة بطناً بعد بطن ونسلاً بعد نسل .

مادة ١٦٧٠ [اذا ترك المورث الدعوي مدة وتركها الوارث ايضاً مدة وبلغ مجموع المدتين حد مرور الزمان فلا تسمع] . وكذلك الحكم بالبائع والمشتري والمفرغ والمتفرغ .

مادة ١٦٧١ [البائع والمشتري والواهب والموهوب له كالمورث والوارث] وكذلك الفارغ والمفروغ له [مثلاً اذا كان احد متصرفاً في عرصةٍ متصلةٍ بدارٍ خمس عشرة سنة مع سكوت صاحب الدار ثم عندما بيعت الدار ادعى المشتري بان هذه العرصة طريق خاص للدار التي اشتريتها فلا تسمع دعواه كذلك لو سكت البائع مدة والمشتري مدة وبلغ مجموع المدتين حد مرور الزمان لاتسمع دعوى المشتري] وكذلك الحكم بالفارغ والمفروغ له في الأراضي الاميرية والمسقفات والمستغلات الوقفية .

مادة ١٦٧٢ مرور الزمان يتجزأ بناءً عليه [لو وجد مرور الزمان في حق بعض الورثة في دعوي مال الميت الذي هو عند الغير ولم يوجد في حق باقي الورثة لعذر كالصغر والجنون والعته وادعى به واثبته يحكم بحقه في المدعى به ولا يسري هذا الحكم الى سائر الورثة] . وكذلك الحكم بالأعيان فان الدعوي بها لاتسقط بمرور الزمان بحق القاصر والمعتوه والمجنون ولو سقطت بحق البالغ العاقل الحائز على الأهلية التامة

مادة ١٦٧٣ [ليس لمن كان مقراً بكونه مستأجراً] او مستعيراً او مستودعاً او مرتهناً او غاصباً او مزارعاً او مساقٍ [في عقارٍ ان يملكه لمرور زمان ازيد من خمس

عشرة سنة] لأن الحق لا يسقط بتقادم الزمن ولأن وضع اليد مدة طويله لايعد من اسباب الملك ٠

[واما اذا انكر وادعى المالك بأنه ملكي و كنت آجرتك اياه قبل سنتين وما زلت اقبض اجرته فتسمع دعواه ان كان ايجاره معروفاً بين الناس والا فلا] ٠

سواء كان العرف حقيقياً وهو ماثبت بالتواتر او حكمياً وهو ماثبت باخبار المخبرين على طريق الشهادة الا ان التواتر قد منع في زماننا والأيجار اصبح يحتاج لبينة خطية على ماجاء بدلالة نظام ايجار العقار الأخير لان هذا النظام اوجب استيفاء الجزاء النقدي ممن لاينظموا اسناد ايجار في العقارات المأجورة فصار من الواجب اثبات الأيجار بأقرار او بنكول او ببينة خطية ٠ وكذا الحكم بالأعارة والايداع والرهن فانه يحتاج الى الاثبات سواء كان المدعى به ملكاً او من المسقفات والمستغلات الوقفية والأراضي الأميرية ٠

مادة ١٦٧٤ [لا يسقط الحق بتقادم الزمان] لذلك اذا ادعى احد مالاً وتمسك المدعى عليه بمرور الزمان وردت دعوى المدعي يخلص المدعي عليه من الدعوى قضاءً لا ديانةً لأن الحق يبقى بذمته لصاحبه وقد وقع الاجتهاد والأمر السلطاني برد الدعوى لمرور الزمان عند تمسك الخصم منعاً للتزوير لأن الانسان لايترك حقه مدة طويلة بدون طلب ٠

[بناءً عليه اذا اقر واعترف المدعى عليه صراحة في حضور الحاكم بانه للمدعي عنده حق في الحال في دعوى وجد فيها مرور الزمان بالوجه الذي ادعاه المدعي فلا يعتبر مرور الزمان ويحكم بموجب اقرار المدعى عليه] سواء كان الأقرار شفاهياً او خطياً بموجب سند معنون ومرسوم معترف به او منكر لم يمر عليه الزمان وثبت بالتطبيق ٠ ويجب على المدعى عليه بدعوى مرور الزمان ان ينكر دعوى المدعي مع التمسك بمرور الزمان لأن مرور الزمان وحده لايكفي ٠

واعلم بأن كلمة (في الحال) الوارد ذكرها في هذه المادة ليست بقيد احترازي ولا يحترز بها من الأقرار بالحق في الزمان الماضي وقد ذكرت في هذه المادة على هذا الوجه اقتباساً من فتاوي مشايخ الاسلام لذلك اذا قال المدعي عليه ان هذه الدار كانت للمدعي منذ اربع او ست

عشرة سنة واشتريتها منه يكون قد اقر بملكية المدعي و يكلف لأثبات الشراء واذا عجز عن اثبات دعواه وحلف خصمه اليمين على طلبه يرد دفعه ويحكم للمدعي بدعواه ٠

وكذلك الحكم بالدين فاذا اقر المدعى عليه بالدين المدعى به وادعى بانه استقرضه من المدعي منذ عشرين سنـة واداه له يكلف لأثبات الأداء والا يرد دفعه ٠ وكذلك الحكم بالمسقفات والمستغلات الموقوفة والاراضي الأميرية ٠

[واما اذا لم يقر المدعى عليه في حضور الحاكم وادعى المدعي بكونه اقر في محل آخر فكما لاتسمع دعواه الأصلية لاتسمع دعوى الأقرار] مالم تتأيد بدليل خطي راجع المادة ٦٩ من قانون اصول المحاكمات الحقوقية لأن هذه الدعوى لم تكن سالمة من شائبة التصنيع والتزوير ٠

[ولكن الأقرار الذي ادعي ان كان قـد ربط بسند حاوٍ لخط المدعى عليه المعروف او ختمـه مقدماً ولم يوجد مرور الزمان من تاريخ السند الى مدة الدعوى تسمع دعوى الأقرار على هذه الصورة ٠

مادة ١٦٧٥ [لا اعتبار لمرور الزمان في دعاوي المحال التي يعود نفعها للعموم كالطريق العام والنهر العام والمرعى العام] لوجود الصغير والمجنون والمعتوه والغائب بينهم ومرور الزمن لايجري بحق هؤلاء ولا يتجزى

[مثلاً لو ضبط احد المرعى المخصوص بقريةٍ وتصرف فيـه خمسين سنةً بلا نزاعٍ ثم ادعاه اهل القرية تسمع دعواهم] ٠

اما اذا كان المرعي مخصصاً لرجل فالدعوى تسقط بحقه بعد خمس عشرة سنة واذا كان مخصصاً لوقف فالدعوي تسقط به بعد مرور ست وثلاثين سنة واذا كان من الارضي الأميرية فالدعوى تسقط بحقه بعد مضي عشر سنين ٠

✲✲✲

خلاصة الباب الثاني

« مرور الزمان »

مرور الزمان بالدعوى الحقوقية نوعان

النوع الأول اجتهادي ومدته ست وثلاثون سنة و ينقسم الى ستة اقسام الاول دعوى المتولي والمرتزقة بأصل الوقف والثاني دعاوي الطريق الخاص والمسيل وحق الشرب بالعقارات الموقوفة والثالث الدعاوي المتعلقة بأصل النقود الموقوفة والرابع دعوى الطريق بعقار الوقف اذا كان مايرجع اليه العقار وقفاً والخامس دعوى الطريق بعقار الملك اذا كان مايرجع اليه العقار وقفاً والسادس دعاوي مأموري الأراضي الأميرية بحق رقبة الأرض .

النوع الثاني مرور الزمان المعين بالأمر السلطاني وهذا اما ان يكون خمس عشرة سنة وهو اولاً دعاوى الدين والوديعة والعارية والعقار الملك والميراث ودعوى التصرف بالمقاطعة والأجارتين بالعقارات الموقوفة ودعاوي التولية المشروطة والغلة ثانياً دعاوى الطريق الخاص والمسيل وحق الشرب في العقار المملوك ودعاوي الطريق الخاص والمسيل وحق الشرب في العقار الموقوف اذا كان العقار الذي يرجع اليه الطريق والشرب والمسيل ملكاً .

واما ان يكون عشر سنين وهو دعاوي حق التصرف في الأراضي الاميرية ودعاوي الطريق الخاص والمسيل والشرب بهذه الاراضي .

واما ان يكون سنتين فقط وهو دعاوي التصرف التي تقام على المهاجرين الذين تفوضوا الأراضي مجاناً وزرعوها و بنوا فيها ابنية

الفرق بين مرور الزمان الاجتهادي والسلطاني هو ان الأول لاتسمع فيه الدعوى مطلقاً والثاني تسمع فيه الدعوى بأذن السلطان .

مبدأ مرور الزمان يعتبر من تاريخ صلاحية المدعي للدعوى وهذه الصلاحية تعتبر بختام الاجل في الدين المؤجل و بالطلاق والوفاة بالمهر المؤجل و بيسار المفلس

الأعذار المانعة لمرور الزمان هي :

١ القصر والصغر والجنون والعته

٢ الغيبوبة والأقامة في محل مدة السفر البعيد

٣ التغلب

٤ ممانعة الزوج زووجته صاحبة الحق من طلب حقها .

الخاتمة

« بحق مايتعلق بمرور الزمان من القانون المدني الأفرنسي »

ان القانون المدني الأفرنسي لم يبحث عن الدعوى ودفع الدعوى بأبواب وفصول مستقلة بل ترك هذا البحث الى اصول المحاكمة ولذلك لم نر لزوماً للبحث عن الدعوى ودفعها بل اقتصرنا البحث على مرور الزمان فنقول ان القانون الافرنسي عرف التصرف بأشغال المال او الحق او الأنتفاع بهما بالذات او بواسطة وكيلٍ واشترط لمرور الزمان التصرف المستمر بصفته صاحب الملك بلا انقطاع وبدون نزاعٍ ونهبية (راجع المادتين ٢٢٢٨ و ٢٢٢٩ ق ، م ، ١) ٠ وورد في المادة ٢٢٣٠ من القانون المذكور لزوم اعتبار التصرف موجباً لمرور الزمان اذا لم يثبت وقوع التصرف وكالة ٠ وقد منعت المادة ٢٢٣٣ تحقق مرور الزمان بالتصرف الواقع بالجبر والاكراه٠ وقد بحث هذا القانون عن الأعذار الموجبة لعدم اعتبار مرور الزمان ومن جملتها التصرف بالوكالة وبالأستيجار والأستيداع (راجع المادة ٢٢٣٦ وما بعد) ٠ وينقطع مرور الزمان بتصرف الغير بالمال مدة سنة فأكثر وبتقديم الأستدعاء الى المحكمة ولو كانت غير ذي وظيفة لرؤية الدعوى وبتقديم ورقة الصلح للدوائر الصلحية وبأقرار المديون وذي اليد بالمدعى به (راجع المادة ٢٢٤٢ فما بعد) ٠

وقد اوجب هذا القانون اعتبار مرور الزمان بحق سائر الناس ماعدا الصغير والمحجور والزوجين اما مدة مرور الزمان فهي ثلاثون سنة بحق دعاوي الأموال والاشخاص ٠ وثمانية وعشرون سنة بحق من يتعهد تسليم الأيراد المرتب السنوي وعشر سنين بحق العقارات التي تملكها اصحابها بدون حيلة اذا كان مدعيها ساكناً في مدينة العقار وعشرون سنة اذا كان المدعي مقيماً خارج مدينة المدعى به ٠ واذا كان المدعي يسكن تارة بمدينة العقار المدعى به ويسكن تارة اخرى في خارجها يعتبر مرور الزمان بحقه عشر سنوات انما تغير كل سنتين من السنين التي قضاها في خارج مدينة العقار بمقابل سنة واحدة ٠ و يعتبر مرور الزمان ستة اشهر بحق دعاوي المعلمين والمدرسين بطلب اجورهم وبحق اصحاب الخانات والنزل بطلب الأجور و يوميات عمالهم ومستخدميهم وسنة

واحـدة بحق دعاوي الأطباء والجراحين اذا ادعوا اجور الزيارات والعمليات وبحق مدراء المدارس الليلية وسنتان بحق دعاوي الوكلاء المقامة بطلب الأجور وذلك اعتبـاراً من تاريخ الحكم او العزل من الوكالة وهكـذا فان هـذا القانون قد قسم مرور الزمان الى اقسام عديدة خلافاً للمجلة فان مرور الزمان ينحصر بها ببعض الحدود دون المدد الأخرى

اما القانون المدني التركي فأنه قريب من القانون المدني الافرنسي بحق مايتعلق بمرور الزمان لذلك لم نر لزوماً للبحث مفصلاً فيما يعود الى هذا القانون من الخصوصات ونترك ذلك الى مراجعة الطالب اذا وجد لزوماً لذلك ·

« انتهى »



الكتاب الخامس عشر

في البينات والتحليف ويشتمل على مقدمة واربعة ابواب

المقدمة

في بيان الاصطلاحات الفقهية

مادة ١٦٧٦ [البينة هي الحجة القوية] وهي اخبار احد حق غيره الذي له على آخر بحضور الحاكم .

البينة حجة قوية بحكم القاضي وبما ان للحاكم الولاية العامة فالبينة تكون متعدية للكل اما الاقرار فليس كذلك فلا يتعدى على غير المقر ولا تكون حجة قوية بدون الحكم وقد ورد في الخانية (محضر ضاع من ديوان القاضي وفيه شهادة الشهود بحق والقاضي لا يذكر ذلك فشهد عنده كاتبان ان شهود هذا شهدوا بكذا لا ينبغي ان يقضي القاضي بشهادتهما لانه شهدا الكاتبان على شهادة الشهود والشهادة على الشهادة باطلة لا تقبل بدون تحمل) .

والتعدي اما ان يكون على بعض الناس فاذا ادعى المستحق المال من المشتري ذي اليد واثبت دعواه وحلف يمين الاستحقاق وقضي له يكون قد حكم له على المدعى عليه وعلى بائعه ويسترد المشتري الثمن من البائع بالاستناد الى هذا الحكم ويسري هذا الحكم على المشتري ذي اليد وعلى كل من وقع تلقي الملك منه على الدرجات ولا يشمل هذا الحكم غير المالكين لانه متى ثبت ان الملك ليس لذي اليد وانه للمستحق ثبت انه لم يكن لغير المستحق .

واما ان يكون على جميع الناس كالوكالة والحرية الاصلية والنكاح والنسب وولاء العتاقة والوقف عند بعض الفقهاء .

فاذا ادعى احد حقاً من آخر لموكله واثبت وكالته العامة بالوجه الشرعي تعتبر وكالته بحق سائر الناس وكذا الحرية الاصلية فاذا اثبت احد حريته بحق آخر يعتبر هذا الاثبات بحق

سائر الناس فلا تسمع دعوى غير المقضى عليه بحق كون الذي اثبت دعواه رفيقاً له ٠ وكذا النكاح فاذا اثبت احد بان الامرأة الفلانية منكوحته واستحصل على حكم بذلك يسري هذا الحكم على جميع الناس ولا تسمع الدعوى من غير المدعي بعد ذلك بان الامرأة المذكورة كانت منكوحته قبل التاريخ الذي عينه المدعي المذكور وكذلك الحكم بالنسب مطلقاً و بالوقف عند بعض الفقهاء فان البينة فيه تسري على جميع الناس ٠ اما الاقرار فانه حجة قاصرة لان ولاية الانسان مقصورة على نفسه ولا ولاية له على غيره و يسري الاقرار على المقر بدون حاجة الى حكم الحاكم فاذا اقر انسان لاخر بحق بحضور حاكم ثم انفصل الحاكم فانكر المقر بحضور خلفه يعمل باقراره الاول و يعتبر الاقرار اكثر من البينة بحق المقر والمشهود عليه اذ لا تهمة في الاقرار خلافاً للبينة ٠

مادة ١٦٧٧ [التواتر] لغة ظهور الامور المتعددة بعد بعضها و يقال تواترت الابل اذا مشت وراء بعضها وشرعاً [هو خبر جماعة] المستند الى الحس والذي [لا يجوز العقل اتفاقهم على الكذب] ٠

فيشترط للتواتر ان يكون من جمع لا يجوز العقل اجتماعهم على الكذب فاذا جوز العقل ذلك بطل حكم التواتر ٠

وكذا يشترط وقوعه من جماعة وهذا يحترز به من الخبر الواحد المشهور شهرة حكمية وهو نصاب الشهادة لانه ليس بتواتر اما الخبر المشهور شهرة حقيقية فهو تواتر ٠

و يشترط ان يكون هذا الخبر مستنداً الى الحس فاتفاق اهل اقليم على مسئله عقلية لا يكون تواتراً و يحتاج الى برهان و يشترط للتواتر ان يكون خبراً فالخبر هو كلام يحتمل الصدق والكذب و ينقسم الى اقسام الاول الخبر الصادق وهو خبر الله عز وجل ورسوله والثاني التواتر والثالث الضروري كقولنا الواحد نصف الاثنين والرابع القول المعلوم بطريق الاستدلال كقول اهل السنة العالم حادث ٠

والقسم الثاني مقطوع الكذب وهذا ينقسم الى قسمين الاول ما علم خلافه للضرورة كقولهم السماء اسفل والارض فوق ٠

والثاني ما علم خلافه بطريق الاستدلال كقول الفلاسفة العالم قديم ·

مادة ١٦٧٨ [الملك المطلق هو الذي لم يتقيد بأحد اسباب الملك كالارث والشراء] من شخص معين [والملك الذي تقيد بمثل هذه الاسباب يقال له الملك بالسبب] ·

وقد ذكر في متن هذه المادة الارث والشراء مطلقاً وقيدنا الشراء بالشخص المعين لان الادعاء بمطلق الشراء على القول الراجح يفيد الدعوى بالملك المطلق لا الملك المقيد على ما جاء في رد المحتار و يفترق الملك المطلق عن الملك المقيد من حيث الماهية والاسم و يفترق ايضاً من حيث الحكم فالملك المطلق في العين هو اكثر من الملك المقيد لان الملك المطلق يثبت من اصله فاذا اثبت المدعى الملك المطلق ملك المدعى به وزوائده واذا ادعى الملك بسبب واثبته يقتصر ثبوته الى وقت السبب ولا يستحق المدعي للزوائد الحاصلة قبل السبب المذكور · اما في الدين لا يفترق الملك المطلق عن الملك المقيد لان الديون لا تزيد ·

مادة ١٦٧٩ [ذو اليد هو الذي وضع يده على عين] منقولة [بالفعل او الذي ثبت تصرفه تصرف الملاك] في العقار والمنقول فذي اليد الفعلية يكون في المنقول لا في العقار اما التصرف فانه يكون في العقار والمنقول كزرع الارض والغرس والبناء وقطع الاشجار وركوب الدابة والحلب والسكنى بالعقار · ولا يشترط لذي اليد ان يكون ذايد حين المحاكمة فاذا وضع احد يده على عقار كان قبلاً في يد غيره فلا يكون بذلك ذايد بوجه حق وكذا اذا اخذ احد ماله الذي هو في يد غيره لا يكون ذايد بأخذه هذا و يعتبر خارجاً وتقبل بينته · بناءً عليه اذا غصب احد ارضاً وزرعها ثم ادعى آخر بان الارض له وان ذاك الرجل غصبها منه واثبت الغصب واحداث اليد بالبينة يعتبر صاحب الارض ذايد عليها واذا لم يثبت الغصب واحداث اليد يعتبر الزارع ذو اليد والمدعي خارج وفي التكملة ولو كان بيده عقاراً فاحدث الآخر عليه يده لا يصير به ذايد فلو ادعى عليه انك احدثت اليد وكان بيدي فانكر يحلف و به علم ان اليد الظاهرة لا اعتبار لها ·

واذا تصرف اثنان في مال واحد ينظر فاما ان يتصرفا تصرفاً متساوياً كركوب الدابة على الجلال او بدونه فيعتبر المال بيدهما سوية وكذا اذا كان المتصرف به لباساً بيد اثنين فيعتبر تصرفهما فيه بالتساوي ولو كان ما بيد احدهما اكثر من الآخر لان العبرة لقوة الدليل لا لكثرته .

واما ان لا يتصرفا تصرفاً متساوياً وبهذه الصورة اما ان يكون تصرف احدهما اقوى من تصرف الآخر فيعتبر صاحب التصرف الاقوى ذايد على المال المدعى به فاذا كان المال ثوباً بين اثنين وكان احدهما يلبسه والثاني يمسكه من طرفه او كان المال دابة وكان احدهما راكباً والثاني قائداً فذو اليد هو اللابس والقائد .

واما ان يكون تصرف احدهما اكثر من الآخر فيعتبر صاحب التصرف الاكثر ذايد على المنازع فيه فاذا كان المنازع فيه دابة فحملها احد وربط الثاني بسرجها وعاء فصاحب الحمل هو واضع اليد والفرق بين هذا المثال ومثال الثوب الوارد بالتصرف الاقوى ظاهر لان الكثرة في التصرف في الثوب هي في عين الثوب لا في نفس التصرف اما هنا فالكثرة في نفس التصرف .

وتتحقق اليد في البينة واذا كان النزاع في المنقول فتتحقق اليد فيه بالمشاهدة ولو من الحاكم وتثبت اليد في المنقول بالاقرار ايضاً واذا ادعى اثنان باليد وارخا يبقى المال في يد صاحب اليد بالتاريخ المؤخر .

مادة ١٦٨٠ [الخارج هو البريء عن وضع اليد والتصرف بالوجه المشروح]

كالذي لم يمسك الثوب من جهة وماسك الثوب من طرفه بالنسبة الى لابسه والساحب بالنسبة الى الراكب وصاحب الجرة المعلقة على الدابة بالنسبة لصاحب الحمل او ماسك مفتاح احدى غرف الخان بالنسبة لساكن الخان فهو ليس بذي يد .

ويفترق ذو اليد عن الخارج من وجهين الاول من حيث الماهية والتعريف كما هو ظاهر والثاني من حيث الحكم فذو اليد لا يكلف لاثبات مدعاه وهو مدعاً عليه فيكلف لحلف اليمين

ويترك المال بيده اما الخارج فانه يكلف لاقامة البرهان واذا برهن استلم المدعى به والا ردت دعواه وابقى المال بيد المدعى عليه بقضاء الترك بعد حلف اليمين بطلب الخارج .

مادة ١٦٨١ [التحليف هو تكليف اليمين على احد الخصمين] .

مادة ١٦٨٢ [التحالف هو تحليف الخصمين كليهما] .

ويفترق التحالف عن التحليف بوجهين الاول من حيث الماهية والثاني من حيث الحكم لان نتيجة التحليف رد دعوي الطرف الآخر اما نتيجة التحالف هو فسخ عقد البيع او الاجارة وما شابهه .

مادة ١٦٨٣ [تحكيم الحال يعني جعل الحال الحاضر حكماً هو من قبيل الاستصحاب والاستصحاب هو الحكم ببقاء امر محقق غير مظنون عدمه وهو بمعنى ابقاء ما كان على ما كان] .



الباب الاول

في الشهادة ويشتمل على ثمانية فصول

الفصل الاول

في بيان تعريف الشهادة

يجب في الشهادة معرفة عشرة اشياء وهي : تعريفها وركنها وشرطها وسبب وجوبها وحكمها وصفتها ومحاسنها ودليلها وصفة الاشهاد واوصاف الشهود ·

١ — تعريفها فالشهادة لغة هي عبارة عن الخبر القاطع ومأخوذة من المشاهدة والمشاهدة مبنية على المعاينة وقد ورد في الحديث اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع وتطلق ايضاً مجازاً لحضور الشاهد لمجلس الحكم وقد ورد في الحديث الغنيمة لمن شهد الواقعة ·

٢ — ركنها هو لفظ اشهد الغير موصول او مفصول بما يفيد الظن والشك كقول الشاهد بآخر شهادته على ظني او على فكري و ما شابه ذلك ·

٣ — شرطها · شرط الشهادة ينقسم الى قسمين القسم الاول شرط التحمل وهذا ثلاث الاول العقل وقت التحمل فلا يصح تحمل المجنون والصبي غير العاقل ولو تحملها صغيراً غير عاقل واداها عاقلاً او مجنوناً واداهـا عاقلاً واذا اخفى زمان التحمل وشهد كان شاهداً كاذباً · ولا يشترط البلوغ والعدالة والحرية وقت التحمل واذا تحمل الشهادة صبياً او رجلاً غير عادل او عبداً ثم بلغ او تاب او عدل او اعتق واداها تقبل ·

الثاني البصر وقت التحمل فاذا تحمل الشهادة وهو اعمى ثم اداها بصيراً لا تقبل واذا كتم العمى وقت التحمل كان شاهداً كاذباً ·

الثالث ان يرى المشهود به بنفسه و يعاينه وقد ورد في القرآن الكريم (الا من شهد الحق وهم يعلمون) فلا تقبل شهادة من شهد بناءً على رؤية غيره ولو كان الغير نصاباً فاذا اخبر احـد او اثنان آخر وقوع بيع وشراء او اقراض بين اثنين فليس له الشهادة بذلك · اما المعاينة فهي اما ان

تكون بمعاينة السبب كرؤية المالك وهو يشتري المال او يستأجره او رؤية المقرض وهو يقرض المستقرض فيشهد الشاهد بالملك والايجار والاقراض لمعاينة السبب . واما ان تكون بمعاينة وضع اليد وهي رؤية واضع اليد يتصرف في المال تصرف الملاك بدون معارض ولا منازع مدة يحصل بها طمأنينة الشاهد بان المال هو ملك واضع اليد فيشهد الشاهد بالملكية لان الملك الحقيقي لا يعلم ولو بالشراء فالمشترى وان اشترى المبيع يمكن ان يكون غير مالك او وكيل بالشراء فلا بد من الاكتفاء بمعاينة السبب او معاينة ذي اليد .

واذا قيل بان المال يكون بعضاً بيد المستأجر والمستودع والمستعير فاذا اكتفى بوضع اليد تكون قد وقعت الشهادة بالملك الى غير المالك ؟ نقول ان الاصل هو وجود المال بيد صاحبه فوجوده بيد غيره هو من الامور العارضة فالملكية ترجح بالاصل ولهذا السبب يترك الحاكم المال بيد المدعي عليه بطريق قضاء الترك .

ويشترط للشهادة بمعاينة اليد اولاً ان لا يفسر الشاهد بشهادته انه يشهد بسبب معاينة اليد ثانياً ان يكون الشاهد مطمئناً بان المال لذى اليد فليس للشاهد ان يشهد بملكية الكناس لعقد قيمته الوف الدنانير لمجرد وضع اليد . ثالثاً ان لا يخبر الشاهد عادلان بان المال ليس لذي اليد لان عند شهادة الشاهدين يقع في قلب الشاهد ان المال ليس للاول فلا يحل له ان يشهد انه للاول بخلاف ما اذا شهد به عدل واحد لان بشهادة الواحد لا يزول ما كان في قلبه انه للاول فلا يحل له ان يمتنع عن الشهادة الا ان يقع في قلبه ان هذا الواحد صادق فلا يحل له ان يشهد وقد اتفق الفقهاء بجواز اداء الشهادة بالملك لمعاينة اليد مع التصرف واختلفوا بجوازها لمعاينة اليد بدون التصرف فالامام الشافعي رحمه الله قال بعدم جواز الشهادة بالملك لمجرد وضع اليد لامكان كون ذي اليد مستأجراً او مستودعاً او مستعيراً . ومن الفقهاء من قال بلزوم التسهيل وقبول الشهادة لمعاينة اليد .

وتنقسم الشهادة على الملك بمعاينة اليد الى اربعة انواع :

النوع الاول : معاينة المالك والملك فاذا عاين الشاهد الملك بيد مالكه ثم رآه بيد غيره يشهد بالملك لذي اليد الاول .

النوع الثاني : معاينة الملك بدون معاينة المالك كمن عاين ملكاً بحدوده وعلم بانه لفلان ابن

فلان الذي لا يعرفه ولم يره ثم حضر المالك ورآه وعرفه فله ان يشهد له بالملك لان النسب يثبت بالتسامع فصار المالك معلوماً بالتسامع والملك معلوماً بالمعاينة لانه اذا لم تقبل الشهادة على هذا الوجه ضاعت حقوق الناس لان فيهم المحجور ومن لم يبرز اصلاً وليس هذا اثبات الملك بالتسامع بل اثبات النسب بالتسامع وفي ضمنه اثبات الملك وهذا لا يمتنع وانما يمتنع اثباته قصداً .

النوع الثالث : ان يشهد الشاهد بدون معاينة المالك والملك بل بناءً على التسامع بان فلان ابن فلان مالك للعقار الكائن بقريه كذا فالشهادة على هذا الوجه لا تحل لانها مجازفة يستثنى من ذلك الشهادة بالتسامع على ما ورد في المادة ١٦٨٨

النوع الرابع : معاينة المالك دون معاينة الملك وهي معرفة المالك وسماع انه يملك عقاراً بقرية كذا وهذه لا تحل ايضاً لانها لم تحصل له العلم بالمحدود وهو شرط للشهادة .

القسم الثاني وهو شرط الاداء وينقسم الى ثلاثة انواع :

النوع الاول : ما يرجع للشاهد وهو ان يكون بالغاً (فلا تقبل شهادة الصبي) وان يكون حراً وبصيراً وناطقاً وعادلاً وغير محدود بالقذف وان لا يكون له جر مغنم او دفع مغرم في الشهادة وان لا يكون خصماً وان يكون عالماً بما شهد به وقت الشهادة وان يكون الشهود ذكوراً بدعاوي القصاص وان تكون الشهادة في حق العباد مسبوقة بدعوي وان توافق الشهادة الدعوى وان تقع الشهادة بدعاوي الحدود والقصاص من الشهود انفسهم لا بطريق الشهادة على الشهادة وان يكون بالشهادة على الشهادة متعذر حضور اصل الشهود .

النوع الثاني : ما يرجع للشهادة وهو لفظ الشهادة والعدد فيها فيما يمكن اطلاع الرجال عليه واتفاق الشهود فى الشهادة .

النوع الثالث : ما يرجع الى المكان وهو مجلس الحاكم .

٤ — سبب الشهادة اما سبب وجوب الشهادة اثنان الاول طلب صاحب الحق الشهادة من الشاهد فيأثم الشاهد اذا تمنع من ادائها اذا كان ليس للمدعي الا نصاباً وقد ورد في الكتاب الكريم (ومن يكتمها فانه آثم قلبه) وقد ورد في الكتاب الكريم ايضاً (ولا يأبى الشهداء اذا ما دعوا » الثاني الخوف من ضياع حق صاحب الحق فاذا كان المشهود له لا يعلم بان الشاهد عالم بحقه فللشاهد ان يخبره عن شهادته والمشهود له ان شاء طلبه للشهادة وان شاء ترك حقه واذا

طلب المدعي الشاهد لاداء الشهادة واخرها وتمنع من غير عذر ثم اداها لا تقبل لتمكين التهمة اذ قد يكون لاستجلاب الاجرة وقد فسد الزمان وعلم من حال الشهود التوقف لقبض النقود . والأولى ان تقبل شهادته ويحمل على العذر وهذا هو المصطلح عليه في زماننا فان المحاكم الصلحية والشرعية تستحضر الشهود جبراً لاداء الشهادة اذا تمنعوا عن الحضور بطلب مدعي الحق عملاً بما ورد بقانون حكام الصلح واصول المحاكمات الشرعية .

٥ — حكمها هو وجوب الحكم بالشهادة من قبل القاضي بعد التزكية فلا يجوز للحاكم ان يؤخر الحكم بعد تحقق شروطه الا اذا كانت الدعوى بين الاقارب وكان الصلح مأمولاً بينهم او كان الحاكم قد اشتبه من الشهود وشهادتهم او كان استمهل المدعي عليه لبيان دفع .

٦ — صفتها وهي كونها فرض كفاية من حيث التحمل والاداء فيجب على الشاهد ان يتحملها بطلب من المدعي ويجب عليه اداءها بطلبه ايضاً انما يجب على العاقدين ان يذهبا الى محضر الشهود ويشهدوهم على انفسهم لان يكلفوهم الحضور لتحمل الشهادة وللشاهد الامتناع عن التحمل اذا علم ان للمدعي من يشهد لان التحمل كالاداء فيلزم عند خوف الضياع ان يطلب منه كتابة شهادته او يشهده على عقد او يطلب منه الاداء وللشاهد الامتناع ان كان يجد غيره والا فلا . وكذلك الحكم بالاداء فان اداء الشهادة فرض كفاية وليس للشاهد ان يطلب الاجرة لاداء الشهادة . ولا يجبر الشاهد على اداء الشهادة فليس للحاكم تحليف الشاهد اذا تمنع عن اداء الشهادة اذا قال ان لا علم له بشيء لاننا اذا اوجبنا عليه الحلف يشهد خوفاً من اليمين وهذا اجبار للشاهد على اداء الشهادة والشهادة لا تصح بالاكراه والخوف والاجبار .

ويشترط لفرضية الاداء تسعة شروط وهي :

اولاً طلبها من المدعي في حقوق العباد لانها حقه وحده فله الطلب وله الترك اما في حقوق الله لا يشترط طلبها كالطلقات الثلاثة فعلى الشاهد اداء الشهادة بظرف خمسة ايام اعتباراً من تاريخ الطلاق الثلاث بدون طلب وبدون دعوى واذا أخر الشاهد شهادته بالطلاق الثلاث بدون عذر اكثر من هذه المدة وكان يعلم معاشرة الزوجين لا تقبل شهادته للفسق .

ثانياً ان يعلم الشاهد بان الحاكم سيقبل شهادته اذ يجوز ان ترد شهادة الشاهد بالتزكية فيتأثر من هذا الرد وله ان لا يشهد اذا علم ان شهادته سترد .

ثالثاً ان لا يكون اعتقاد الشاهد ومذهبه مخالفاً لاعتقاد الحاكم لان اختلاف الاعتقاد والمذهب ربما اوجب رد الشهادة الا ان هذا الشرط لا يتصور في زماننا لان حكام المحاكم النظامية تحكم بقوانين واحدة وحكام الشرع تعمل بالمذهب الحنفي فلا يتصور الحكم بمذهب آخر .

رابعاً ان تكون الشهادة متعينة على الشاهد فاذا كان الشهود جماعة واداها بعضهم فتسقط عن الباقين الا اذا تمنع بعضهم فيجب على الباقين اداءها . وكذا الحكم فيما اذا شهد البعض وردت شهادتهم .

خامساً ان لا يخبر الشاهد من عدلين بطلان الشهادة فاذا اخبر الشاهد من عدلين ان المديون قد ادى ما عليه او ان الزوج قد طلق زوجته فليس للشاهد بعد ذلك ان يؤدي الشهادة لانه ثبت عنده بطلان شهادته بحجة مطلقة واذا وقع الاخبار من غير عدل فالشاهد بالخيار اما ان يشهد و يخبر الحاكم عما وقع له من الاخبار وان شاء امتنع عن اداء الشهادة الا ان المخبر اذا كان واحداً فليس للشاهد ان يمتنع عن الشهادة ولو كان المخبر عدلاً .

سادساً ان يكون الحاكم الذي سيشهد الشاهد بحضوره عادلاً لان الحاكم غير العادل يرد الشهادة و يلحق العار بالشاهد الا اذا علم الشاهد بان شهرته ستجبر الحاكم ولو غير عادل على الحكم بشهادته فيجب عليه اداءها .

سابعاً اذا شهد على الاقرار فيجب ان يكون غير عالم بان الاقرار وقع عن اكراه .

ثامناً ان يكون الشاهد قريباً من موضع الحاكم فاذا كان الشاهد مقيماً في بلدة بعيدة عن بلد الحاكم من حيث لا يمكنه اداء الشهادة والرجوع الى بلده في يوم واحد فله الامتناع عن الشهادة و يجب عندها استماع شهادته بطريق الاستنابة على ما ورد بذيل قانون اصول المحاكمات الحقوقية اذا طلب المشهود له ذلك وقد ورد في الكتاب الكريم « ولا يضار كاتب ولا شهيد »

تاسعاً ان لا يخاف الشاهد ظلم ظالم .

اما ستر الشهادة في الحدود بحق من لم يعتادوا ارتكاب المعاصي فمستحبة وقد قال رسول الله (صلعم) الى شاهد شهد بحد بحضرته « لو سترته بثوبك لكان خيراً لك » لان الحدود من حقوق الله والله غني بكرمه لطيف بعباده خلافاً لحقوق الناس الا ان المشهود عليه اذا كان قد اعتاد ارتكاب المعاصي بدون مبالاة ولا خوف فالشهادة عليه أولى من تركها ولهذا اذا اراد

الشاهد ان يشهد بالسرقة يشهد بكون المشهود عليه اخذ مال المشهود له لان الشهادة بالسرقة توجب الحد ·

٧ — محاسن الشهادة : محاسن الشهادة كثيرة وقد ورد في الكتاب الكريم « كونوا قوامين لله شهداء بالقسط » ·

٨ — دليل الشهادة : الكتاب والسنة والاجماع ·

٩ — صفة الاشهاد وصفة تحمل الشهادة : فالاشهاد بالنكاح واجب وفي المداينات والبيوع فرض لان الاشهاد اذا لم يقع تتلف الاموال وتلف الاموال يوجب تلف الابدان واتلاف المال حرام ولذا فالاشهاد في المال فرض الا اذا كان قليلاً كالدرهم الواحد ·

١٠ — اوصاف الشهود : الأولى ان يكون الشاهد مسناً وغنياً وذي فضل لان من حاز هذه الاوصاف لا يطمع في اموال الناس والأحوط بالشاهد ان يعين ما سيشهد به حتى يعلم حقيقة من اراد الشهادة عليه فعلى الشاهد ان يضع امضائه بذيل السند اذا اراد الشهادة به ·

مادة ١٦٨٤ [الشهادة هي الاخبار بلفظ الشهادة يعني بقول اشهد باثبات حق احد الذي هو في ذمة الآخر في حضور الحاكم ومواجهة الخصمين] صدقاً وعن يقين وعيان [ويقال المخبر شاهد وللمخبر له مشهود له وللمخبر عليه مشهود عليه وللحق مشهود به] ·

خلافاً للاقرار فانه اخبار الانسان بحق لآخر بذمته وخلافاً للدعوى ايضاً لانها الاخبار بحق المدعى عند آخر وقد ارادت هذه المادة بعبارة اثبات حق المدرجة فيها اخراج الامور الحادثة التي تقع في مجلس المحاكمة كقول المحضر الى الحاكم الشرعي بان نائبه باع اموال اليتيم الفلاني فهذا القول لا يكون شهادة · ولا بد في الشهادة من وقوعها في مجلس الحاكم لان الاخبار الذي يقع في مجلس الحاكم ليس بشهادة ·

ويشترط للشهادة وقوعها في مواجهة الخصمين لان حضور الخصم حين الدعوى والشهادة شرط على ما جاء في المواد ١٦١٨ و ١٨٢٠ ويشترط فيها ايضاً ان تقع بلفظ الشهادة فلا تقع بغيره ولو كان يفيد اليقين لان الكتاب والسنة امرا بوقوع الشهادة بهذا اللفظ وحصل الاجماع

على عدم جوازها بغيره فقد ورد في الكتاب الكريم (واشهدوا ذوي عدل ولا تكتموا الشهادة) وورد في الحديث (اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع) ٠

ولا تقع الشهادة بصيغة الماضي لانه يفيد الاخبار عن امر واقع والشاهد بشهادته يريد الاخبار في الحال فيجب عليه ان يقول اشهد لا شهدت ٠

ويجب على الشاهد ان يكون صادقاً بشهادته لا كاذباً باخباره وان يشهد عن يقين وعيان وقد ورد في المادة ١٦٨٨ لزوم كون الشهادة عن يقين ومشاهدة لا عن تخمين وحسبان الا ان الشهود اذا قال احدهم ان الليرتين اللتين بيد فلان هي الى فلان وقال الآخر ان الليرة التي بيد فلان هي الى فلان تقبل الشهادة بحق الليرة الواحدة لا الليرتين ولا يقال بان الشهادة لم تقع عن عيان ويقين لان الاقل متحقق ٠

وحيث يشترط كون الشهادة عن يقين وعيان فاذا ادعى احد على آخر الف قرش قرضاً وقال الشهود انهم لم يروا ان المدعي اقرض المدعى عليه لكنهم علموا ذلك فلا تقبل شهادتهم وكذا لا تقبل شهادة من شهد بقوله اظن او على ما اعلم وكذا اذا ادعى المدعي مبلغاً معيناً وشهد الشهود بانه اعطاه مجيديات لا يعلمون مقدارها فلا تقبل منهم هذه الشهادة ٠ وكذا اذا ادعى احد على آخر بان له بذمته خمسين ريالاً مجيدياً باقي مطلوبه البالغ عنه مائتين ريال مجيدي فادعى المدعى عليه الاداء واقام الشهود لاثبات دفعه فيجب على الشهود بان يشهدوا بان المدعى عليه دفع للمدعي الخمسين ريال مجيدي الباقية بذمته لا ان يشهدوا باداء خمسين ريالاً مجيدياً مطلقاً لان المدعي مقر بقبض مائة وخمسين ريال مجيدي والخمسون داخلة في هذا المبلغ اما اذا ادعى احد على آخر مبلغاً ثمن قهوة وادعى المدعى عليه الاداء واقام شهوداً شهدوا بدفع المبلغ لكنهم لا يعلموا ان كان ثمن القهوة او خلافه تقبل شهادتهم لعدم تعدد الديون للمدعي بذمة المدعى عليه ٠

ويجب على الشاهد ان يكون عالماً بالمشهود به ومتذكراً به فلا يحل له عند بعض الفقهاء ان يشهد بدين ولو كان قبلاً وقع سنده اذا نسي الحادثة ولم يتذكرها وقد اجاز بعض الفقهاء هذه الشهادة للتوسعة وهو القول المفتى به ٠ وكذا لا يجوز للشاهد ان يشهد الا اذا تحمل الشهادة عالماً بها فلو قال الموصي للشاهد اني اوصيت بما هو محرر بهذه الوصية فليس للشاهد ان يشهد

الا اذا قرئت له الوصية حين الاستشهاد واطلع عليها . ولا تصح الشهادة ايضاً من وراء حجاب الا اذا كان الشاهد عالماً بان الموجود وراء الحجاب هو زيد مثلاً ولا يوجد غيره فله ان يشهد اما الحاكم فانه يرد الشهادة اذا شهد الشاهد وعين بان شهادته من وراء الحجاب وكذا لا تصح الشهادة اذا كان الشاهد لا يعرف شخص المقرة لان الشهادة على المجهول باطلة الا اذا عرف المقرة معرفان من اقربائها الذين لا يحلوا لها او يحلوا لان التعريف يشترط فيه النصاب ايضاً . ويشترط على الشاهد ان يكون عارفاً بالمشهود عليه وان لا يكتفي بأخذ اسمه واسم ابيه وجده ونسبه من نفس المشهود عليه بل يجب اخذه من معرفين عالمين باحواله علماً حقيقياً والا لا تصح الشهادة .

وقد يقال بان تعريف الشهادة الوارد ذكره في هذه المادة غير جامع لافراده وغير مانع لاغياره لان كلمة حق الواردة في هذه المادة تخرج الشهادة بالابراء عن الدين ؟ فجواباً على هذا نقول ان قول الشاهد بان فلاناً قد ادى دينه الى فلان هو اخبار بسقوط حق الدائن والاخبار بحق المديون وتكون كلمة حق قد استعملت في المعنى الذي يشمل الوجود والعدم .

ويقال بان كلمة حق تفيد حقوق العباد ولا تشمل الطلاق والعتق والشهادة الحسبة في حقوق الله فنقول ان هذه المادة لم تعرف الشهادة الحسبة لان الشهادة الحسبة يجب اخراجها من التعريف واذا اردنا ان نعرف الشهادة تعريفاً يشمل الشهادة الحسبة نقول الشهاده : هي اخبار صدق بلفظ الشهادة لاثبات حق .

واذا قيل ان كلمة حضور الحاكم اخرجت الشهادة الواقعة بحضور المحكم قلنا ان قيد حضور الحاكم هو من شروط الشهادة لا من متممات التعريف وشرط الشيء خارج عنه .

واذا قيل ان قيد مواجهة الخصمين لا يشمل الشهادة التي وقعت بحضور القاضي والكاتب والمدعي فقط والتي تسمى كتاباً حكمياً نقول ان الكتاب الحكمي جوز استحساناً لا قياساً والتعريف الشرعي يوافق القياس لا الاستحسان واذا قيل بان لفظ الشهادة مأخوذ من المشاهدة فلا تدخل الشهادة بالتسامع في هذا التعريف قلنا ان الشهادة بالتسامع ايضاً جوزت للاستحسان .

واذا قيل ان لفظ خبر يفيد الصدق والكذب لا الجزم قلنا ان من مقتضى القياس ان لا تكون

الشهادة حجة ملزمة الا انها صارت حجة باتصال القضاء لما ورد في القرآن الكريم كقوله (واستشهدوا شهيدين ·

مادة ١٦٨٥ [نصاب الشهادة في حقوق العباد رجلان او رجل وامرأتان] ·

وقد اشترط العدد في الشهادة على خلاف القياس وعملاً بالآية الكريمة والقياس هو عدم اعتبار العدد لان الحكم لقوة الدليل لا لكثرته وقد اعتبر الرجل بمقام اثنتين من النساء لانهن كثيرات النسيان فتصير الامرأة شاهداً كاملاً بضم امرأة لها في الشهادة ولذا تسمع شهادتهن بحضور الحاكم معًا وقد ورد في القرآن الكريم « ان تضل احداهما فتذكر احداهما الاخرى » ·

و يستفاد من هذه الفقرة اربعة احكام :

الاول : يستفاد من ذكر حقوق العباد مطلقًا ان الحقوق المذكورة سواء كانت مالاً ولو مما هو ضمن الحدود أو من توابع المال او غير مال فدعاوي المال هي الوصية والارث واستهلال الصبي والقتل خطأً والقتل المستلزم الدية لا القصاص وقطع العضو وتعطيل العضو والشهادة على الشهادة وكتاب القاضي والبيع والاجارة والهبة وما شابه ذلك · ففي هذه الدعاوي تقبل شهادة النصاب و يحكم بها واذا ادعى المدعي على المدعى عليه بالف قرش واقام شاهدين شهد احدهما بان للمدعي بذمة المدعى عليه الف قرش وشهد الثاني بانه كان للمدعي بذمة المدعى عليه الف قرش لكنه اداه جانباً منها لا يعلم مقداره او اداه بلغ كذا يحكم بهذه الشهادة لان قول الشاهد الثاني الاخير ليس بنصاب · وكذا استهلال الصبي فاذا ادعت الامرأة انها وضعت ذكراً بعد وفاة زوجها وولدته حياً حتى بكى بعد الوضع وتوفي بعد ذلك و برهنت بنصاب تسمع دعواها وتقبل بينتها ·

وكذا تعطيل العضو خطاءً ودعاوي الاجل وشرط الاجل التي هي توابع المال فانها تثبت بالنصاب·

اما الدعاوي التي ليست بمال فهي كالنكاح وفسخه والطلاق والرضاع والوكالة والايصاء والاصبع الزائدة ·

الحكم الثاني ان لا تقبل شهادة النساء دون الرجال ولو كن النسوة اربعة او اكثر من ذلك كيلا يكثر خروجهن (بحر) ·

الحكم الثالث لا يثبت حق بشاهد واحد اصلاً خلافاً لما رآه الامام الشافعي فانه يحكم بشاهد ويمين من المدعي وكذا معاوية فانه رأى هذا الرأي ايام خلافته ٠

الحكم الرابع يحترز بتعبير حقوق العباد من الحدود والقود لان النصاب بحد الزنا اربعة رجال ولا تقبل فيه شهادة النساء ونصاب الشهادة بدعاوي السرقة والقذف واللعان والشرب هو رجلان ٠

يستثنى من ذلك ما يأتي :

١ — تقبل شهادة الاستاذ الواحد على الوقائع التي تقع في المكتب بين الاولاد وتقبل شهادة المعلم الواحد على ما يقع بين الاولاد في الحرفة الواحدة ٠

٢ — في ترجمة افادة الشاهد والخصم ٣ — في التزكية السرية ٤ — الرسالة من القاضي الى المزكي ومن المزكي الى القاضي ٥ — بتقويم المتلف ٦ — الاخبار بافلاس المفلس الذي حبسه الحاكم ٧ — ادعاء الحمل من زوجة المتوفاة يقبل فيها كلها اخبار الخبير الواحد ٠

[لكن تقبل شهادة النساء وحدهن في حق المال] لا في القصاص والقود [فقط في المحال التي لا يمكن اطلاع الرجال عليها] ٠ كاعراس النساء

وتقبل شهادة النساء فقط باستهلال الصبي للصلاة وفي البكارة وفي عيوب النساء التي لا يمكن للرجال ان يطلعوا عليها وفي الولادة والارث ودعاوي الدين الناتجة عن القتل في حمام النساء فاذا شهدت امرأة بان الولد استهل حياً يجهز ويكفن ويصلى عليه وكذا اذا شهدت امرأة ببكارة الزوجة بعد ان امهل زوجها العنين سنة يفرق بينهما ٠ وكذا الشهادة بالقرن والرتق والحبل وثيوبة الجارية التي اشتريت بشرط البكارة والولادة تقبلُ فيها شهادة الامرأة الواحدة وتقبل شهادة النساء باستهلال الصبي بدعوي المال ايضاً عند الامامين والأئمة الثلاثة وكذا صراحة المجلة لان صوته يقع عند الولادة وعندها لا تحضر الرجال فكان كشهادتهن على نفس الولادة ٠

وتقبل شهادة النساء بدعوى القتل الذي يقع في الحمام ويحكم بموجبها بالدية لا بالقصاص ولو شهدت النساء بان القتل وقع قصداً او تعمداً وتقبل الشاهدة الواحدة في مثل ذلك لاننا لما اسقطنا الجنس وهي الذكورة نظراً للحاجة كان من الواجب قبول شهادة الشاهدة الواحدة لان الالف

واللام الواردة في كلمة النساء الواردة في الحديث الشريف يقصد منها الجنس فقط واقله يتناول الواحد اما الامام الشافعي فقد قال بلزوم استشهاد اربع نسوة في مثل هذه الاحوال ٠

واذا اشهد الرجال شهادة فيما يتعلق فيما لا يراه الا النساء تقبل شهادتهم لانها اولى من شهادة النساء في كل الاحوال انما يشترط ان لا يكون قد تعمد رؤية الموضع المحرم النظر له عند بعض الفقهاء لانه يكون اقر بالفسق وقد قال بعضهم بقبول شهادته ولو نظر الى ذلك عمداً لان في ذلك احياء الحقوق ٠

ويشترط لفظ الشهادة في المواضع التي تقبل فيها شهادة المرأة الواحدة على القول المختار وقد قبلت المجلة هذا القول ٠

مادة ١٦٨٦ ترد الشهادة للتهمة واسبابها اولاً المعنى الذي يعود للشاهد كالفسق والعمى لان الفاسق يتعمد الكذب والاعمى يخطئ بشهادته لانه لا يتمكن من الاطلاع على تمام الحقيقه ، ثانياً المعني الذي يعود على المشهود له كالقرابة المانعة من الشهادة والزوجية لان ذلك يوجب تهمة اختيار الكذب ، ثالثاً الدليل الشرعي ككون الشاهد محدوداً في القذف ٠ بناءً عليه [لا تقبل شهادة الاخرس والاعمى] والمجنون والمعتوه والصبي والمملوك وشديد الغفلة والمجازف في كلامه وبائع الاكفان والمحدود في القذف والمعروف بالكذب والبخيل والمخنث والمغني والمغنية والنائحة ومدمن الخمر ولاعب الطنبور والشطرنج ومرتكب الكبائر من المحرمات ومن يدخل الحمام بلا ازار والمتجرء لارتكاب الافعال المخلة بالمروءة والذي يسب السلف الصالح ويعتاد سب اهله وعياله والاصول والفروع والازواج والعبيد والعدو والذين يقعدون في الطريق ويتفرجوا على المارة ٠ وتقبل شهادة الاصم اذا كان يسمع قليلاً ٠ ولا تقبل شهادة الاخرس ولو اشار او كتبها اذ يجب على الشاهد في الشهادة ان يقول اشهد والاخرس عاجز عن ذلك ولا تقبل شهادة الاعمي بالتسامع لان الشاهد يحتاج الى تمييز المشهود له والمشهود عليه حين الشهادة والاعمى لا يقدر على ذلك اما الاعمى فيمكنه التمييز بالصوت والصدا والصوت تشبه الصوت خلافاً لمالك فانه قال بقبول شهادته كالبصير وقد اجاز شهادته الامام ابو يوسف وزفر فيما تجوز الشهادة بالتسامع الا ان الطرفين لم يقبلا شهادته مطلقاً وهذا ما قبلته المجلة ٠ فلا تقبل شهادة الاعمى اذا

كان اعمي وقت التحمل ووقت الاداء او كان اعمى وقت التحمل و بصيراً وقت الاداء او كان بصيراً وقت التحمل واعمى وقت الاداء . ولا تقبل شهادة الاعمى اذا طرأ عليه العمى قبل الحكم عند الطرفين و كذلك الحكم بسقوط اهلية الشهادة بالصور السائرة كالخرس والجنون والعتق والزوجية اذ المراد من عدم قبولها عدم القضاء بها لان قيام اهليتها شرط وقت القضاء بصيرورتها وصار كما اذا خرس او جن او فسق بخلاف موت الشاهد وغيبته لان الاهلية انتهت بالموت ولم تبطل بالغيبة بل بقيت على حالها والاهلية تستقر بالموت ولا تبطل والشيء بانتهائه يتقرر بخلاف الغيبة لانها لا تنافي الاهلية (خيرية) . ولا تبطل الشهادة اذا طرأ العمى على الشاهد قبل الحكم عند ابي يوسف لانها لا تمنع الحكم . واذا تحمل الشهادة بصيراً ثم طرأ عليه العمي ثم عاد بصيراً وشهد تقبل شهادته اذا كان عادلاً .

ولا تقبل شهادة المجنون والصبي لان الشهادة توجب الالزام والالزام يحتاج الى الاهلية ولا اهلية للمجنون والصغير على نفسها فضلاً عن الغير الا اذا جن الشاهد يوماً او يومين ثم فاق من جنونه وشهد تقبل شهادته و يكون كالمغمى عليه و كذلك الصبي فلا تقبل شهادته ولو شهد بحادثة وقعت بين الاولاد و كذلك المعتوه .

ولا تقبل شهادة المملوك قناً كان او مدبراً او مكاتباً او ام ولد او معتق البعض واذا حكم بشهادتهم لا ينفذ الحكم واذا حكم الحاكم بوكالة وكيل بعد سماع البينة ثم ظهر ان الشهود عبيد يفسد الحكم بالوكالة و يطالب المديون الذي دفع الى الوكيل الدين حسب و كالته بدينه ولا يبطل اداء الوصية التي تثبت بشهادة الشهود اذا ظهر انهم مماليك والفرق بين اداء الدين والوصايا هو انهم في الوصايا قد دفعوا دين الميت باذن القاضي وان لم يثبت الايصاء وهذا بمنزلة اذنه لهم في الدفع الى امينه بخلاف الوكالة اذ لا يصح اذنه للغريم بدفع دين الحي الى غيره فعلى هذا ما يقع كثيراً في تولية شخص ناظر وقف فيتصرف فيه تصرف مثله من قبض وصرف و بيع ثم يظهر انه بغير شرط الواقف او ان انهائه باطل ينبغي ان لا يضمن لانه تصرف باذن القاضي كالوصي (تعليقات ابن عابدين) واذا شهد وهو مملوك وردت شهادته ثم اعتق وشهد مرة ثانية تقبل شهادته .

ولا يكلف الحاكم لاثبات كون الشاهد حراً الا اذا طعن المشهود عليه بالشهادة واذا طعن المشهود عليه يكلف المشهود له لاثبات حرية الشاهد ولا يكلف المشهود عليه لاثبات كون

الشاهد مملوكاً واذا ادعى المشهود عليه ان الشاهد محدود في القذف او شريك المدعي فانه يكلف لاثبات دعواه الطعن ٠

ولا تقبل شهادة شديد الغفلة لانه لا يقدر على الاتيان بالشهادة بدون تلقين وقد قال ابو يوسف (انا لنرد شهادة اقوام نرجو شفاعتهم يوم القيامة) ٠

ولا تقبل شهادة بائع الاكفان لانه يتمنى طاعوناً يميت الشعب فيستفيد بموته بتجارته وتقبل شهادة من باع الاكفان مع اموال تجارية اخرى اذا كان لا يبيع الاكفان فقط ٠

ولا تقبل شهادة المجازف بقوله وقد رد ابو يوسف شهادة فضل ابن ربيع احد وزراء الدولة العباسية بقوله ان هذا الشاهد يقول للخليفة انا عبدكم فاذا كان عبداً لا تقبل شهادته واذا كان ليس بعبد كان كاذباً فلا تقبل شهادته ايضاً ٠ ولا تقبل شهادة المحدود بالقذف ولو تاب وقد ورد في الكتاب الكريم « ولا تقبلوا لهم شهادة ابداً » وتقبل شهادة المحدود بالسرقة بعد التوبة لان الرد للفسق قد ارتفع بالتوبة اما الامام الشافعي فقد قبل شهادة المحدود بالقذف اذا تاب مستنداً الى جملة (الا الذين تابوا) واذا قلنا ان هذه الجملة مصروفة الى جملة (واولئك هم الفاسقون) يتحقق عندنا عدم قبول شهادتهم ٠

ولا تقبل شهادة المعروف بالكذب ولو تاب لعدم امكان حصول القناعة بصدقه ولا تقبل شهادة البخيل الذي يبخل بالزكاة ونفقة الازواج والاقارب ولا المخنث وهو الذي يباشر افعال النساء الرديئة و يتزين بزينة النساء وقد ورد في الحديث (لعن الله المؤنثين من الرجال والمذكرين من النساء) ٠ وكذا شهادة المغنى والمغنية اذا كانوا يغنو للناس وتقبل شهادة من يغني لنفسه ٠

ولا تقبل شهادة النائحة ولو بدون اجرة وتقبل شهادتها فيما يعود الى مصيبتها ولا تقبل شهادة مذمن الخمر وتقبل شهادة غير المدمن وشهادة المدمن اذا شرب خمراً غير محرم او شرب الخمر المحرم للتداوي ٠

ولا تقبل شهادة مرتكب الكبائر وهو ما كان شنيعاً بين المسلمين وفيه هتك حرمة الله والدين وكذا الاعانة على المعاصي والفجور والحث عليها ٠

ولا تقبل شهادة من اعتاد الدخول الى الحمام بلا ازار وقد ورد في الحديث (لعن الناظر والمنظور) .

ولا تقبل شهادة من يفعل افعالاً مخالفة للمروءة كمن يدور بالازقة باللباس فقط ومن يكشف رأسه في مواضع اعتاد اهلها على اعتبار كشف الرأس سوء ادب ومن يأكل او يبول في الطرق العامة ومن يكشف عورته في الطريق العام للاستنجاء ومن يفرط في المزاح افراطاً يؤدي الى الاستخفاف ومن يصاحب الاراذل ومن اعتاد الصياح في الاسواق .

ولا تقبل شهادة لاعبي النرد (الطاولة) ومن يترك الصلاة بسبب هذا اللعب وقد ورد في الحديث (ملعون من يلعب بالنرد) ولا تقبل شهادة من يسب السلف الطاهر لانه يثبت قلة المروءة وكذا من اعتاد سب اهله وعياله .

ولا تقبل شهادة العبد لسيده ولو كان مديناً من كل الوجوه وان كان غير مدين فلا تقبل ايضاً لانه يشهد لسيده من وجه . وتقبل شهادة المعتق لمن اعتقه الا اذا كان اجيراً خاصاً .

ولا تقبل شهادة العدو على عدوه عداوة دنيوية وتقبل له ويقبل الحكم للعدو وعليه خلافاً للشهادة لان اسباب الحكم ظاهرة والتهمة فيها منتفية خلافاً للشهادة فان اسبابها خفية والتهمة موجودة .

ولا تقبل الشهادة ١ — في خارج مجلس المحاكمة ٢ — بالسماع ٣ — بدون لفظ اشهد و بقول الشاهد اعلم ٤ — بدون سبق الدعوى في حقوق الناس ٥ — على خلاف المحسوس ٦ — على خلاف المتواتر ٧ — على النفي ٨ — شهادة الصديق لصديقه اذا كانت الشهادة بينهما ادت الى تصرف كل منهما بمال الآخر ٩ — المدعي لنفسه ١٠ — الانسان على فعل نفسه ١١ — غير العادل ١٢ — شهادة الكفيل على اداء المال من الاصيل ١٣ — الشهادة الموجبة للتناقض ١٤ — شهادة الاجنبي على التبعة ١٥ — الشهادة الغير موافقة للدعوى ١٦ — اذا اختلف الشهود بسبب الشهادة ١٧ — الشهادة على الاكثر ١٨ — الشهادة على الملك المطلق بدعوى الملك المقيد ١٩ — الشهادة المخالفة للدعوى بسبب الدين او المدعى به ٢٠ — اختلاف الشهود بالمشهود به ٢١ — الشهادة الموجبة للاختلاف فيما يتعلق بالمشهود به

٢٢ — اختلاف الشهود بلون المغصوب او بذكورته وانوثته ٢٣ — الاختلاف في الشهادة بمقدار البدل بدعوى العقد ٢٤ — امتناع الشاهد عن حلف اليمين الذي كلف به ·

والقاعدة بقول الشهادة بعد الرد وعدم قبولها هي ان ما رد اذا كانت الشهادة فلا تقبل ابداً كشهادة احد الزوجين او الفاسق او المغفل والاجير ومن يعمل بما يخالف المروءة فلا تقبل بعد الرد ابداً لا بحضور الحاكم الذي ردها ولا بحضور حاكم غيره ولو كان الشاهد احد الزوجين وطلق الزوج زوجته بين الشهادتين واذا كان ما رد هو غير الشهادة فتقبل اذا اجتمعت شروطها كالشهادة التي ردت لعدم موافقتها للدعوى او لعدم ذكر لفظ الشهادة فانها تقبل اذا وقعت مستجمعة لشروطها ·

يستثنى من ذلك : اولاً — المملوك اذا ردت شهادته بسبب الرق ثم شهد بعد العتق تقبل شهادته ·

ثانياً — اذا ردت شهادة الشاهد لانه اعمى ثم بعد ان صار بصيراً اداها وكذا اذا ردت شهادة الصبي لكونه صبياً ثم بلغ وشهد تقبل شهادته ·



الفصل الثاني

في بيان كيفية اداء الشهادة

مادة ١٦٨٧ [لا تعتبر الشهادة التي وقعت في غير مجلس المحاكمة] او في غير مجلس المحكمين فلا تقبل البينة على ان الشهود شهدوا بقضية في غير مجلس الحاكم . ويفترق مجلس الحاكم عن مجلس المحكم لان الحاكم لا يعقد مجلساً الا في مقر وظيفته اما المحكم فله عقد المجلس في اي مكان شاء واراد لان ولاية الحاكم تتقيد بالمكان خلافاً لولاية المحكم .

مادة ١٦٨٨ [يلزم ان يكون الشهود قد عاينو بالذات المشهود] بالرؤية والسماع [وان يشهدوا على ذلك الوجه] وليس لهم ان يشهدوا بناءً على اخبار ولو من جم غفير او من شاهدين واذا شهدوا كانوا شهود زور لان الشهادة من المشاهدة والمعاينة وقد ورد في الحديث « اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع » ولا يشترط للمشهود عليه ان يرى الشهود حين تحمل الشهادة فيجوز للشهود ان يشهدوا على اقرار مقر سمعوا اقراره مختبئين عنه .

والمعاينة اما ان تكون بمعاينة السبب الموضوع للملكية او بمعاينة دليل الملكية وهذا يشمل المرئيات كبيع التعاطي والاقرار بالكتابة والاجارة بالتعاطي وحكم الحاكم الفعلي والغصب والقتل ويشمل المسموعات ايضاً كحكم الحاكم القولي والنكاح والوقف . واذا حصل علم الشاهد بمعاينة هذه الاشياء يشهد سواء قال له المشهود عليه اشهد على او قال له لا تشهد او سكت ولم يقل له شيئاً واذا سكت المشهود عليه فللشاهد ان يخبر عن سكوته لا ان يرتكب الكذب ويقول لقد اشهدني على نفسه وهذا ينحصر بالشهادة اما في الشهادة على الشهادة فليس لشاهد الفرع ان يشهد الا اذ حمله شاهد الاصل اياها وامره بالشهادة بها .

وتقع الشهادة على بيع التعاطي سواء شهد الشهود ببيع التعاطي او بالبيع مطلقاً وفي المعاوضات كالبيع والاجارة والنكاح وما شابهها وتصح الشهاده لمن سمع الايجاب فقط فتقبل شهادة الشاهد في النكاح اذا شهد بان اب الصغير زوجه حسب ولايته عليه ولو لم يذكر الشاهد قبول الطرف

الآخر اما في العقود التي ليست من المعاوضات فلا تقبل الشهادة على الايجاب فقط بدون الشهادة على القبول ويشترط في الشهادة بالشراء بيان الثمن اذ بدونه لا يصح الحكم وللشاهد الذي حضر البيع ان يشهد بالملك بالسبب لا بالملك المطلق لان الشهادة بالملك المطلق اكثر من الشهادة بالملك بالسبب • ولا تقبل الشهادة بالتسامع بناءً عليه • [لا يجوز ان يشهد بالسماع يعني ان يشهد الشاهد بقوله سمعت من الناس] ولا ان يكتم جهة السماع ويشهد عن مشاهدة لانه يكون كاذباً بشهادته • واذا اقام المدعي دعواه الملك بسبب الارث من مورث له توفي قبل اربعين عاماً واقام شاهدين عمر كل منهما خمسة عشر عاماً لا تقبل شهادتهما • وكذا لا تقبل الشهادة بالحدود والسنور على التسامع بل يجب اداؤها عن مشاهدة وعلم وكذلك الشهادة بالقتل لا تقبل بالتسامع [ولكن اذا شهد بكون محل وقفاً او بوفاة احد بقوله سمعت من الثقه يعني لو قال اشهد بهذا لاني سمعت من ثقة هكذا تقبل شهادته] وتقبل شهادة الشاهد على الوقف والوفاة بالرؤية والمشاهدة ايضاً لانها اقوى من الشهادة بالتسامع فاذا شهد الشاهد بالوقف وقال انه كان موجوداً حين الوقف والتسجيل او شهد بالوفاة وقال انه رأي الميت لما توفي ودفن تقبل شهادته •

وتقبل الشهادة بالتسامع سواء سمع الشاهد ذلك من جم غفير **لا** يجوز العقل اجتماعهم على الكذب او سمع من شاهدين عادلين والاولى تسمى شهرة حقيقية والثانية تسمى شهرة حكمية •

وتقبل الشهادة على اصل الوقف بالتسامع عند محمد سواء كان الوقف قديماً او حادثاً لوجوب الافتاء بالوقف بما هو انفع له في الحوادث المختلف بها فتقبل شهادة الشاهد بالتسامع على اصل الوقف سيما ما كان قديماً منه لامكان ضياع الوقف اذا كانت لا تقبل مثل هذه الشهادة فتقبل شهادة الشاهد ولو كان بالعشرين من عمره على وقف مضى عليه المئات من الاعوام ولو فسر الشاهد بانه يشهد بالتسامع وقد قال بعض الفقهاء بصحة الشهادة بالتسامع على اصل الوقف اذا لم يبين الشاهد انه سمع ما قاله الا ان المجلة اختارت القول الاول وقبلت الشهادة بالتسامع مطلقاً سواء ذكر الشاهد التسامع ام لم يذكر •

ولا تقبل الشهادة بالتسامع على شروط الوقف والتولية مستقلاً على القول الراجح وتقبل تبعاً

لاصل الوقف والفرق بين اصل الوقف والشروط ظاهر لان اصل الوقف يبقى قروناً واعصاراً ويشتهر بين الخاص والعام اما الشرائط فانها تنحصر بين اهل الوقف ولا يعرفها جميع الناس وربما تبدلت بتبدل النظار والتعامل فاصل الوقف هو الاشياء الموقوف عليها الوقف فاذا ادعى متولي الوقف عقاراً لجهة الوقف بيد آخر وادعى المدعى عليه الملك المطلق بدون بيان سبب وانكر دعوى المدعي فللمتولي اثبات دعوى اصل الوقف بالتسامع واذا ادعى المدعي عليه الملك المقيد بسبب الشراء او الارث او الهبة وانكر الوقف لا تقبل بينة الوقف بالتسامع بل يطلب حينئذ من مدعي الوقف كتاب تسجيل لان الوقف غير المسجل يجوز بيعه والتوارث فيه ويجوز للواقف ابطاله برأي الحاكم وابقاءه مستقراً في ملكه والتسجيل لا يثبت بالتسامع الا اذا اعترف المتصرف بالوقف ووقفيته وادعى ابطال الوقف لسبب عارض ورجوعه الى ملكه يكون المتولي ذايد والمتصرف بحكم الخارج ويكلف المتصرف لاثبات مدعاه والا تقبل الشهادة بالتسامع على اصل الوقف ويقضى بها ٠

اما شرائط الوقف فهي الاشياء التي لا تتوقف عليها صحة الوقف كتوزيع الغلة فلا تقبل فيها الشهادة بالتسامع الا اذا كانت ضمن الشهادة باصل الوقف راجع المادة ٥٤

ولا بد من الشهادة بالتسامع من وجود اربع صور الاولى : ان لا يذكر الشاهد لفظ التسامع بشهادته الثانية : ان يقول الشاهد بشهادته انه سمع من ثقة الثالثة : ان يقول الشاهد بشهادته انه سمع بالتواتر فالشهادة بجميع هذه الصور الثلاث جائزة وصحيحة ٠ والرابعة ان يقول الشاهد بشهادته انه سمع ولم يذكر كيف سمع فلا تقبل شهادته ٠

ويجب بالشهادة باصل الوقف بيان الجهة بقوله هذا وقف لمسجد الفلاني او لمقبرة الفلانية وبيان الواقف اذا كان الوقف ليس بقديم والا لا تقبل الشهادة ٠

وتقبل الشهادة على الوفاة بالتسامع ايضاً لان ما كل ما يقدم على غسل الميت وتكفينه والنظر اليه وهو ميت الا ترى اننا في زماننا نقر وفاة الانبياء والصحابة والتابعين مع اننا لم نرهم ولا نعرف لهم الا اسمائهم وقد جاز لنا هذا القول بناءً على الشهرة المستندة الى التسامع ولذا فاذا مات رجل وكان لا يوجد الا شاهداً واحداً يشهد على وفاته فلهذا الشاهد ان يخبر آخر ولهذا الثاني ان يشهد بالوفاة ولا يكون ذلك محرماً عليه ٠

وتكون الشهادة بالموت بالتسامع باربع صور الاولى ان لا يذكر الشاهد التسامع مطلقاً سواء كان الميت مشهوراً او غير مشهور فهذه الشهادة صحيحة والثانية ان يشهد بقوله سمعت من ثقة فهذه مختلف فيها بين الفقهاء الا ان المجلة قبلت القول القائل بصحتها والثالثة ان يشهد الشاهد بقوله انني لم ار ذلك لكنه متواتر بيننا ومشهور فهذه الشهادة ايضاً مقبولة استناداً الى قول من رأى ذلك وهو الخصاف . والرابعة ان يقول سمعت فقط فهذه الشهادة لا تقبل اصلاً .

ويشترط للثقة ان يكون عدلاً كي يحصل باخباره عند الشاهد غلبة ظن وقد اشير الى ذلك بكلمة (الثقة) وان لا يكون المخبر خصماً ومدعياً كالوارث والموصى له وان يكون المخبر نصاباً يحصل له نوع علم او غلبة ظن وقيل يكتفى في الموت باخبار واحد وواحدة بالنسبة للشهادة واما القضاء فلا بد له من شهادة اثنين . وان يكون الخبر بلفظ الشهادة لا بلفظ الاخبار او ما يعادله واذا لم تتحد هذه الشروط فليس للشاهد ان يشهد بالتسامع .

وتقبل الشهادة على الوقف بالتسامع ولا تقبل الشهادة على السماع بالوقف فاذا قال الشاهد اشهد بان المحل الفلاني وقف وقد سمعت ذلك من ثقة او لاني سمعت من ثقة تقبل شهادته ولا تقبل اذا قال اشهد باني سمعت من ثقة بان المحل الفلاني موقوف .

وتقبل الشهادة بالوقف والوفاة بالتسامع سواء فسر الشاهد الشهادة او لم يفسرها وتقبل الشهادة بالتسامع بباقي الاحوال الآتية بلا تفسير ولا تقبل مع التفسير .

[ويجوز شهادة الشاهد في حصول الولاية والنسب والوقف والموت]

واصل الوقف والنكاح والمهر والدخول بالزوجة والعتق والولاء [بالسماع من دون ان يفسر وجه شهادته يعني بدون ان يتكلم بلفظ السماع] استحساناً لا قياساً لان الشهادة من المشاهدة ووجه الاستحسان هو ان معاينة هذه الامور لا تتيسر الا لخواص الناس لا كالبيع والاجارة والعقود الباقية فلا يمكن لكل الناس ان يحضروا عند توجيه الولاية من السلطان الى الولاة او الى القضاة وكذا الدخول بالزوجة واشتراط المشاهدة في مثل هذه الاحوال يحتاج الى حرج ومشقة وتوجب تعطيل الاحكام فالنسب يشتهر بالتهيئة والمخاطبات والمناداة وكذلك الموت يثبت بالتعزية وتقسيم التركات والنكاح يعلم بالولائم والافراج والدخول يعلم بالنسب والمهر والعدة

وثبوت القضاء والولاية يعلم بقراءة المنشور وتكون الشهرة بذلك كالعيان . وتقبل الشهادة بهذه الاحوال بالتسامع اذا لم يفسر الشاهد التسامع واذا فسر تقبل شهادته بالوقف والموت وترد بالباقي لان الشاهد بقوله اشهد بالسماع يكون قد ادخل الريبة والشك على قلب الحاكم ولهذا كان المراسيل من الاخبار اقوى من المسانيد والمرسيل من الاخبار هو ان يترك الواسطة التي بينه و بين الرسول و يقول قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كذا بدون اسناد . و يلحق علم الشاهد بالولاية بثلاثة اوجه الاول بحضوره عند تقليد الولاية والثاني برؤية الوالي ومشاهدته وهو يفي وظيفته والثالث بالتسامع والشهرة الحقيقية او الحكمية .

وتقبل الشهادة على النسب بالتسامع لانها لو لم تقبل على هذا الوجه لوجب حضور الشاهد وقت الدخول والخلوة وهذا لا يجوز ولان النسب علوق والعلوق يحتاج الى الوطء والوطء لا يشاهد .

وتقبل الشهادة بالتسامع عند ابي يوسف ولا تقبل عند الطرفين وهو المفتى به . وفي البهجة تقبل الشهادة بالمهر بالتسامع بدون تفسير ولا تقبل بالتفسير وفي الفيضية تقبل الشهادة بالنكاح بالتسامع بدون تفسير ولا تقبل بالتفسير الا ترى اننا نشهد بزواج السيدة فاطمة بنت الرسول على علي بن ابي طالب بالتسامع .

[مثلاً لو قال ان فلاناً كان في التاريخ الفلاني والياً او حاكماً في هذه البلدة وان فلاناً ابن فلان اعرفه هكذا وشهد بصورة قطعية من دون ان يقول سمعت تقبل شهادته وان لم يكن قد عاين هذه الخصوصات ولم يكن سنه مساعد لمعاينة ما شهد به] .

ولا تقام دعوى النسب مستقلاً ولا تسمع الا في الابوة والبنوة و يجب ان تقام بدعوى مال كالوصية والوقف والاستحقاق والنفقة والارث واذا اقام المدعي دعواه النسب بالعمومة او الاخوة ضمن دعوى مال واثبت دعواه الاخوة ثم حضر ابوه وانكر دعواه لا يقبل انكاره ولا يعول عليه لان المدعي لا يتوصل الى اثبات دعواة الاخوة الا باثبات الحق على الغائب

[وايضاً اذا لم يقل سمعت من الناس بل شهد قائلاً بانا لم نعاين هذا الخصوص لكنه

مشتهر بيننا بهذه الصورة نعرفه هكذا فتقبل شهادته] لان هذه الشهرة شهرة حقيقية ناشئة عن التواتر والتواتر لا يحتاج الى الثقة لانه لا يتحرى في التواتر لفظ الشهادة ولا العدالة ٠

مادة ١٦٨٩ [اذا قال انا اعرف الخصوص الفلاني هكذا واخبر به ولم يقل اشهد فلا يكون قد ادى الشهادة] سواء كان الشاهد رجلاً او امرأة او كانت الشهادة مما يتطلب الشرع فيها النصاب او مما يقبل الشهادة فيه بشهادة امرأة واحدة ٠

[ولكن على قوله هذا لو سأله الحاكم بقوله اتشهد هكذا واجاب بقوله نعم هكذا اشهد يكون قد اداها] عند ابي يوسف لان مهابة المجلس ربما ادت بالشاهد لان يتلعثم ولا يلفظ كلمة الشهادة وفي تلقين هذه الكلمة لا يوجد اضاعة حق وتهمة بل بالعكس يوجد احياء الحق اما في مواضع التهم لا يجوز للحاكم ان يلقن الشاهد شيئاً فاذا ادعى المدعي بالف وشهد الشاهد بالفين فلا يجوز للحاكم ان يلقن الشاهد بقوله هل تعرف انه رد له الالف الواحدة ولا تقبل شهادة الشاهد اذا قال اشهد على شهادة الاول او اذا قال اشهد بما شهده صاحبي ٠

[ولا يشترط لفظ الشهادة في الافادات الواقعة لمجرد استكشاف الحال كاخبار اهل الخبرة لانها ليست بشهادة شرعية وانما هي من قبيل الاخبار المجرد] ٠

وكذلك الاخبار باجر المثل والاخبار بالاجر الفاحش و بمقدار الاجرة في مال الصغير ومال الوقف الذي اجر بغبن فاحش والاخبار بدعوى الغبن الفاحش في مال باعه الوصي وكذا الاخبار عن منقول اريد الاشارة اليه في غير مجلس الحاكم اذا كان غير موجود في مجلس الحاكم حين الشهادة لا يحتاج المشير اليه الى ذكر لفظ الشهادة ويشترط لفظ الشهادة باخبار الخبراء الذين يشهدوا على تحليف المخدرة بدارها من قبل نائب الحاكم وتقبل في مثل هذه الاحوال شهادة شاهد واحد مع شهادة امين الحاكم ٠

مادة ١٦٩٠ [تكفي اشارة الشاهد عند الشهادة الى كل من المشهود له والمشهود عليه والمشهود به اذا كانوا حاضرين] ولا تكفي الاشارة اليهم بالرأس الا اذا كان يعلم بها

انها تشير اليهم واذا شهد الشهود على امرأة موجودة في المجلس وذكروا اسم ابيها وجدها ونسبها وقالوا انهم لا يعرفونها ترد شهادتهم الا اذا قال الشهود انهم تحملوا الشهادة على فلانة بنت فلان ابن فلان لكنهم لا يعرفونها وكانت حاضرة بالمجلس وعرفت من آخرين انها هي تقبل شهادتهم واذا كان المشهود به دينًا فلا يمكن الاشارة اليه بل يكتفى بذكر جنسه ونوعه ومقداره .

[ولا يلزمه ذكر اسم اب المشهود له والمشهود عليه ولا جدهما واما في الشهادة المتعلقة بالموكل الغائب او الميت فيلزم الشاهد ذكر ابيهما وجدهما] واذا كانا معروفين بصنعتهما فيكتفي بذكرها لان القصد هو التعريف والتوصيف وتمييز المشهود عليه عن غيره ولا يجب ان يكون المشهود عليه في مثل هذه الاحوال مدعى عليه فاذا ادعى احد على آخر حقًا حسب وكالته عن آخر وانكر المدعى عليه الوكالة واقام المدعي شهوداً لاثبات دعواه يكلف الشهود لذكر اسم اب وجد وشهرة الموكل والا ترد شهادتهم وكذا اذا ادعى المدعي حقًا حسب وكالته واحضر شهوداً لاداء الشهادة فيجب ان يذكروا بشهادتهم اسم اب وجد وشهرة الموكل ان كان غائبًا وكذا المدعى عليه . وكذا اذا ادعى المدعى عليه اداء الدين المدعى به للدائن مورث المدعي وبرهن على دعواه فيجب على شهوده ان يبينوا اسم اب وجد وشهرة المورث القابض .

[ولكن اذا كان كل منهما مشهوراً ومعروفًا فيكتفي ذكر الشاهد اسمه وشهرته لان المقصد الاصلي تعريفه بوجه يميزه عن غيره] ويكتفي ايضًا بذكر لقبه اذا كان مشهوراً فيه كأبي حنيفة ويكتفى بذكر اسم المشهود عليه مع ذكر وقعة مشهورة له كامرأة قتلت في محل بصورة فظيعة مشهورة يكتفى بالشهادة على قتلها ذكر كون الشاهد يشهد بقتل الامرأة التي قتلت يوم كذا .

مادة ١٦٩١ [يلزم بالشهادة بالعقار بيان حدوده] الاربعة او الثلاثة اذا لم يبين الشاهد الحد الرابع غلطًا . ولا تقبل شهادة الشاهد اذا كان لا يعين حدود العقار ولا يقدر على الاشارة اليه في محله ولا ترد شهادة الشاهد الذي عين حدود العقار ولما سئل من الحاكم فيما اذا كان يعرف العقار في محله ام لا اجاب لا لان الشهادة قد تمت ببيان الحدود الا ان المدعي عليه

اذا قال ان العقار الذي بيدي هو ليس العقار المدعى به والمشهود به فيكلف المدعي عندئذ لاحضار شاهدين للشهادة على ان العقار المدعى به هو نفس العقار الموجود بيد المدعى عليه ·

ولا تبطل شهادة الشهود اذا ذكروا حدود القطعة المشهود بها وعينوا مساحتها خلاف الحقيقة لان ذكر المقدار لا يحتاج اليه بعد ذكر الحدود وذكر ما لا يحتاج اليه وعدمه سواء عند بعض الفقهاء وعند البعض الآخر فيه تفصيل حيث قالوا ان الشهادة اذا وقعت في الارض بالاشارة لها لا تبطل واذا وقعت بعيدة عن الارض و بدون اشارة تبطل وهو الاظهر هندية ·

يستثنى من ذلك · اولاً : اذا كان العقار المشهود به معلوم الحدود ، ثانيًا : اذا شهد الشهود بالعقار المدعى به وتصادق الطرفان على ان العقار المدعى به هو العقار الوارد ذكره في الشهادة ، ثالثًا : اذا شهد الشهود على اقرار المدعى عليه بان العقار المدعى به الى المدعي تقبل شهادتهم ولو بدون ذكر الحدود ·

رابعًا : [ولكن اذا لم يذكر الشاهد حدود المشهود به وتعهد باراءته وتعيينه في محله فيذهب الى محله لارائته] وتصح شهادة الشهود بذلك في الاشارة ولو لم يعرفوا اسماء الجوار وتصح الاشارة اذا جرت من الشهود بحضور الحاكم او بحضور نائبه او بحضور اثنين من العدول حيث يرسل الحاكم عدلين مع الشاهدين الى محل العقار فيشير الشاهدان اليه و يسأل العدلان عن اسماء اصحاب الحدود ثم يعود العدلان و يشهدا باسم اصحاب الحدود بحضور الحاكم (ولواجيه) الا ان التطبيقات الاصولية الجارية في زماننا هي ارسال احد اعضاء محكمة البداية او الاستيناف او ذهاب حاكم الصلح او الحاكم الشرعي او امينه مع الشهود واجراء الاشارة بمعرفته وحضوره على ما اشار الى ذلك قانون اصول المحاكمات الحقوقية ·

ويجوز للشاهد ان يؤدي قسماً من الشهادة بالعقار و يكملها غيره فاذا شهد شاهدان بان العقار المحدود والموصوف الى المدعي وشهد اثنان آخران بان العقار المذكور هو بيد المدعي عليهم تقبل شهادتهم حيث يكونوا قد اكملوا شهادة بعضهم بعضاً · وكذا اذا شهد شاهدان بملكية زيد لعقار محدود ثم شهد آخر بان العقار المشهود به كائن في مكان كذا تقبل شهادتهم ·

مادة ١٦٩٢ [اذا ادعى المدعي بالاستناد الى الحدود التي هي في السند وشهدت

الشهود بان العقار المحرزة حدوده في هذا السند هو ملكه فتصح شهادتهم كما ذكر في مادة ١٦٢٣] لان المدعى به قد علم بالاشارة وكذلك بالدين فاذا ادعى المدعي بسند وقال يطلب لي من ذمة المدعى عليه المبلغ المحرر بهذا السند وشهد الشهود بذلك تقبل الدعوى والشهادة . وكذا في البزازية كتب شهادته فقرأها بعضهم فقال الشاهد اشهد ان لهذا المدعي على المدعى عليه كل ما سمي ووصف في هذا الكتاب او قال هذا الذي وصف وقرأ في هذا الكتاب في يد هذا المدعى عليه بغير حق وعليه تسليمه الى هذا المدعي يقبل لان الحاجة تدعوا اليه لطول الشهادة ولعجز الشاهد عن البيان .

واذا لم يشهد الشهود بالحدود المعينة بالسند بل شهدوا من ورقة كانوا حرروها قبلاً ينظر فاذا كان الشهود يعلمون الحدود وقد استعانوا بالورقة نوع استعانة تقبل شهادتهم والا فلا (انقروى) .

مادة ١٦٩٣ لا يشترط الجر الصحيح ولا الجر الحكمي والضروري لصحة الشهادة بالارث عند الامام الثاني لان الوارث يملك مال مورثه بطريق الخلفية حتى ان الوارث يرد المبيع الذي اشتراه مورثه للبائع بخيار العيب وكذلك المشتري يرد المبيع الذي اشتراه من المورث الى الوارث بخيار العيب و يصير الوارث مغروراً فيما اشتراه المورث فيما كان المورث مغروراً فيه فيكون ملك الوارث عين ملك المورث مستمراً الى هذا الوقت لا ملكاً آخر بناءً عليه [اذا ادعى احد بان لمورثه في ذمة فلان كذا دراهم وشهدت الشهود بان للميت في ذمة المدعى عليه المقدار الذي ادعى فيكفي ولا يحتاج الى التصريح بانها صارت موروثة للورثة واذا ادعى عيناً يعني لو ادعى بان في يد فلان عيناً من مال المورث فالحكم هو بهذا الوجه ايضاً] لان مال المورث ينتقل للوارث بالضرورة ولا يجب الجر الصريح على الشاهد بان يقول بان المال موروث الى المدعي ولا يجب الجر الحكمي والضروري ايضاً كقول الشاهد ان المدعى به هو مال المدعي المورث او بقي في يده او في يد نائبه كمستأجره او مستودعه او مستعيره او في يد غاصبه الى حين وفاته وكذا لا يشترط الجر الصريح والحكمي والضروري

بدعوى المدعي فلا يكلف المدعي لبيان بقاء المدعى به في يد مورثه لحين وفاته اما الطرفان فقد قالا بلزوم الجر الصريح او الحكمي بدعوى الارث والشهادة وان الدعوى لا تصح بدون ذلك وقد اختارت المجـلة القول الاول كما هو ظاهر من متن هذه المادة .

و يشترط بالشهادة بدعوى الارث اربعة شروط :

الشرط الاول : بيان سبب الوراثة وذكر كون المدعي وارثاً للمتوفي المالك فيجب على الشهود ان يقولوا بان المدعي هو شقيق المتوفي او اخوه لابيه وفي الجر لو ادعي انه عم الميت يشترط لصحة الدعوى ان يفسر فيقول عمه لابيه وامه او لاحدهما . واذا شهد بالاخوة فلا يكتفى بقوله ان المدعي اخ المتوفي لان المدعي قد يكون اخاً ويكون محجوباً بالشقيق الا اذا كان الوارث لا يحجب اصلاً فلا يحتاج الشاهد بالشهادة لذكر كونه وارثاً للمتوفي . وكذا لا تقبل شهادة الشاهد اذا قال بان المدعي وارث الميت ولم يبين سبب الارث لاختلاف اسبابه ولان القضاء بالمجهول متعذر فان مات الشاهدان او غابا قبل ان يسألهما فلا يقضى بشيء (خانية) .

الشرط الثاني : يشترط على الشاهد ان يذكر الوسائط التي بين المدعي والمتوفي الى ان يلتقيا في اب واحد ولذا يجب على الشاهد ان يقول ان هذا المدعي هو زيد بن عمرو وامه زينب وان المتوفي هو بكر بن عمرو وامه زينب ولذا فهما شقيقان .

الشرط الثالث : يشترط على الشاهد ان يعدد اسماء ورثة المتوفي ويقول ان لا وارث له سواهم او انه لا يعرف ان له وارث غيرهم او غير المدعي واذا حصر الشاهد الشهادة بزيد لا يمتنع عليه ذكر عمرو بعد ذلك ولا يكون قد ناقض قوله الاول لان قوله لا وارث له سوى فلان هو بمعنى انه لا يعرف وارثاً له سوى فلان وهذا لا يمنعه بعـد ذلك من الاطلاع على وجود وارث آخر وتسميته (انقروي) وفي الهندية شهد رجلان لرجل انه اخو الميت لابيه وامه ووارثه ولا يعلمان له وارثاً غيره فقضي ثم شهد الآخر انه ابن الميت لا تقبـل ويضمنان للابن ما اخذ الاخ ولو شهد الآخر انه اخوه لابيه وامه ووارثه ولا يعلم له وارثاً غيره وغير الاول تقبل ويدخل الثاني مع الاول بالميراث ولا ضمان على الشاهدين للاول ولا يغرمان للثاني شيئاً .

وهذا الشرط الثالث هو شرط اسقاط تلوم الحاكم لا شرط الحكم بناءً عليه اذا قال الشهود

ان هذا المدعي هو ابن المتوفي ووارثه ولم يقولوا بان لا وارث له سواه فينتظر الحاكم ظهور وارثاً غيره مدة سنة عند الامامين فاذا لم يظهر وارث بظرف هذه المدة يسلم المال الى المدعي ·

الشرط الرابع : ادراك الشهود الى الميت بناءً عليه يجب على الشهود ان يوصلوا المشهود له الى الميت والا لا تصح شهادتهم وفي در المختار (ذكر اسم الميت ليس بشرط حتى لو شهدا انه جده ابو ابيه او امه ووارثه ولم يسميا الميت تقبل) ·

مادة ١٦٩٤ الشهادة بالدين على الميت لا تحتاج الى الجر كقول الشاهد انه مات مديوناً او مات والدين باق بذمته لعدم امكان معرفة هذه الجهة فاذا اشترطت في الشهادة تكون سبباً لضياع الحقوق ·

بناءً عليه [اذا ادعى احد من التركة كذا ديناً وشهد الشهود بان للمدعي في ذمة الميت مقدار ما ادعي من الدين فيكفى ولا حاجة الى التصريح بكونه باقياً في ذمته الى مماته] لان الشاهد يعرف الدين بمعاينة اسباب البيع والايجار والاقراض واتلاف المال ويفارق المديون الدائن بعد ذلك ويمكن ان لا يطلع على الاداء فاذا كلف ببقاء الدين بالذمة الى وقت الشهادة يكون قد كلف كلفة عظيمة وهذا يسبب ضياع حقوق الناس ويجب على الشاهد ان يقول بان زيداً مديونا الى عمرو بكذا لا ان يقول كان مديوناً لان الشهادة تجب ان تكون على الحال لا ان تنسب الى الماضى وقد قال بعض الفقهاء بلزوم الجر في مثل هذه الشهادة لان المديون قد توفي وهو غير قادر على بيان الاداء وورثته يجهلون الاداء فلا يمكنهم بيانه وجواباً لهذا القول نقول ان المدعي في مثل هذه الاحوال يثبت دعواه بالبينة ويحلف اليمين على ما ورد في المادة ١٧٤٦ فلا حاجة للشهادة على الجر · وكذا الحكم في الجناية وفى التكملة اذا قال الشهود ان فلاناً قد جرح فلان وبقي مريضاً الى وفاته فيكتفي بشهادتهم ولا يجب عليهم ان يقولوا بانه توفي بسبب الجريمة ·

[واذا ادعى بعين يعني لو ادعى بانه كان له في يد الميت عين فالحال على هذا المنوال]

لان العين اما ان تبقى باقية وتظهر بتركة المتوفي فيأخذها صاحبها عيناً كما وجدها ولا حاجة بذلك لبيان الشاهد بقائها بيد المدعي عليه المورث الى حين وفاته لانه بظهورها يثبت بقاؤها

واما ان تكون هالكة ويجب فيها التضمين فينقلب الامر الى الدين والدين قد ورد ذكره في الفقرة الاولى من هذه المادة ٠

وقد اتفق الفقهاء بقبول الشهادة على اليد الميتة واختلفوا بقبولها على اليد الحية فالشهادة على اليد المنقضية الماضية الحيه لا تجوز فلا تقبل شهادة الشاهد اذا قال ان هذا المال كان قبل شهر بيد المدعي لان وضع اليد قديكون بسبب الملك وقديكون ايضاً بسبب القرض والعارية وماشابه ذلك والشهادة لا تكون على مجهول ولا يقال لو اضع اليد حالاً سلم المال الى المدعي بالاستناد الى مثل هذه الشهادة لان وضع اليد الثانية وهي المبنية على المشاهدة اقوى من الاولى وهي المبنية على الشهادة لان المشاهدة تفيد علم اليقين والشهادة تفيد غلبة الظن ٠ الا اذا قال الشاهد ان المدعى عليه احدث يده بعد ذلك على المدعى به او اقر المدعى عليه بيد المدعي السابقة او اقيمت البينة على اقرار المدعى عليه بيد المدعي السابقة لان مثل هذه الاحوال توجب اعادة اليد على ما جاء في المادة ٢٤ وما يليها من مواد قانون حكام الصلح لوجوب رد المال الى واضع اليد القديم اذا اخذ المال من يده بغير وجه شرعي وقد ورد بقوله (صلعم) على اليد ما اخذت حتى ترد الا ان هذا الحكم وهذا الرد لا يكون حكماً في الاصل ولا يمنع المحكوم عليه بعد ذلك من اقامة الدعوى واثبات الملك واسترداد المال المأخوذ منه لان دعوى ازالة اليد لا توءثر على دعوى الملكية ٠

اما الامام الثاني فقد قبل الشهادة باليد المنقضية لان ما يثبت بالبينة كالثابت بالاقرار وتقبل الشهادة باليد المتوفاة المنقضية فتقبل شهادة الشاهد اذا قال ان المال الفلاني هو لفلان وقد بقي في يده الى وفاته لسقوط يده بالوفاة ولان يد الميت لا تتنوع كيد الحي حتى اذا كان المال امانة بيده ومات مجهلاً انقلبت الى الضمان ٠

مادة ١٦٩٥ [اذا ادعى احد على آخر ديناً فان شهدت الشهود بان المدعى به دين في ذمة المدعى عليه للمدعي يكفي] ولا يجب على الشاهد ان يشهد ببقاءه لان الذي شهد بالملك انه له شهد بالملك له في الحال ٠

وينقسم المدعى به الى دين وعين فالدين اما ان تقام به الدعوى والشهادة في الحال اي ان يدعي المدعي الدين في الحال ويقيم بينة على دعواه كقول الشاهد اشهد ان لفلان بذمة فلان

مبلغ كذا تقبل هذه الشهادة ولا يسأل الشاهد عن بقاء الدين بذمة المديون او عن عدم بقاءه واما ان تقام به الدعوى في الحال و يشهد الشهود بالماضي فتقبل شهادتهم عند بعض الفقهاء لكنهم يسئلوا عن بقاء الدين على ما ورد في الفقرة الثانية من هذه المادة ·

[ولكن اذا سئل الخصم عن بقاء الدين الى وقت الادعاء وقالت الشهود لا ندري فترد شهادتهم] · وهذا السوءال يقع من الحاكم بطلب الخصم لا بدون طلب لان الحاكم لا يحل له اجراء ذلك بدون طلب ·

واما ان تقام الدعوى في الماضي و يشهد الشهود في الحال فالشهادة لا تقبل في هذه الدعوى بالعين لعدم صحة الدعوى اما في الدين فتحتاج الى نص صريح ·

اما العين فالحكم بها كذلك اما ان تقع الشهادة والدعوى بها في الحال واما ان يدعي المدعي في الحال و يشهد الشهود في الماضي فتقبل الشهادة مطلقاً لان الملك اذا ثبت للمالك بزمان ماضي فلا يزول ملكه منه بدون عقد يوجب زوال الملك اما اذا ادعى المدعي الملك في الماضي وشهد الشهود بملكه في الحال او في الماضي فلا تقبل شهادتهم لعدم صحة الدعوى كما قلنا لان المدعي لو كان ذا ملك في الحال لما اسند لنفسه الملك الى الماضي ولا تقبل شهادة الشاهد ولو شهد في الحال لانها مكذبة بدعوي المدعي اما لو ادعى المدعي دعواه في الحال وشهد الشاهد بالعين في الماضي تقبل لان الشاهد يمكنه معاينة سبب الملك وهو البيع وما شابهه ولا يمكنه معاينة دوام الملك الى حين الشهادة فتقبل شهادته بطريق الاستصحاب ·



الفصل الثالث

في بيان شروط الشهادة الاساسية

مادة ١٦٩٦ [يشرط سبق الدعوى في الشهادة بحقوق الناس] · لان الحاكم منصوب للحكم بالقضايا والعدل بين الناس فاذا ادعى احد على آخر بألف وانكر المدعى عليه دعواه فاحضر المدعي شاهدين شهدا بالالف وزادا على شهادتهما بان المدعي ابرأ المدعى عليه من المبلغ يحكم للمدعي بدعواه ما لم يدع المدعى عليه الابراء (خانية) ·

ويشترط في الدعوى ان تكون هي الدعوى التي شهد بها الشهود وان تكون صحيحة فاذا شهد الشهود بحق غير الدعوى المدعى بها او كانت الدعوى غير صحيحة لا تقبل الشهادة ·

ولا يشترط للشهادة سبق الدعوى في حقوق الله لان الشهادة في هذه الحقوق لازمة على جميع الناس وكل واحد من المجتمع البشري خصم بها فاذا ادعت الامرأة بان فلاناً طلقها بالوكالة عن زوجها وشهد الشهود بانه هو الذي طلقها تقبل شهادتهم · وكذا دعاوي الوقف والحدود وطلاق المرأة وحرمة المصاهرة والايلاء والظهار وعتق الامة وتدبيرها فتقبل الشهادة على كون العقار موقوفاً لمسجد او للفقراء عند الامامين بلا سبق دعوى ولا تقبل الشهادة على كون العقار موقوفاً لاشخاص معلومة بلا سبق دعوى بالاتفاق فاذا باع رجل عقاراً ثم ادعى بانه كان وقفه على مصالح الفقراء وبرهن تسمع دعواه وتقبل بينته ويحكم بوقفية العقار المدعى به ولا ينظر الى تناقض البائع المدعى ولا يجوز للمدعي طلب تحليف المدعى عليه على هذه الدعوى اذا لم يتمكن المدعي من اقامة البرهان لان التحليف يكون بناء على الدعوى والدعوى لم تصح بسبب التناقض ·

مادة ١٦٩٧ [لا تقبل البينة التي اقيمت على خلاف المحسوس] ولو كانت بينة تواتر لان البينة خبر صدق فاذا خالفت المحسوس صارت كذباً وهذا يخالف ما يجب تحريه في البينات ·

المحسوس هو ما يدرك بالحواس الخمس وهي السمع والبصر والشم والذوق واللمس ويقال لها الحواس الخمس .

[مثلاً اذا اقيمت البينة على موت احد وحياته مشاهدة او على خراب دار وعمارها مشاهد فلا تقبل ولا تعتبر] . فلا تقبل بينة المدعي اذا ادعى بتخريب داره من مدع عليه وظهر بانها عامرة او ادعى بوفاة والده وطلب حصته الارثية منه وظهر ان اباه حياً . وكذا اذا شهد الشهود بان عشرين ذراعاً من هذا الثوب او عشرين رطلاً من زيت هذا البرميل هي لفلان وظهر بان الثوب اقل من عشرين ذراع والبرميل اقل من عشرين رطل ترد شهادتهم (هندية) .

مادة ١٦٩٨ [لا تقبل البينة التي اقيمت على خلاف المتواتر] لان التواتر يفيد علم اليقين وما يخالفه هو كذب لا محالة وكذا لا تقام الدعوى على خلاف المتواتر لانها دعوى المحال .

ولا فرق بين ان يكون المستند الى التواتر مثبتاً او نافياً وسواء كان في الاموال او بغيرها وسواء كان قبل الحكم او بعده فلا تقام على خلافه البينة العادية ولا يقام التواتر ايضاً لان التواتر حجة قطعية لذلك اذا تحقق وجود رجل في مدينة بوقت معلوم واقيم خبر التواتر على ذلك ثم ادعى بوجوده في مدينة اخرى بذاك الوقت وكان وجوده في المدينتين بوقت واحد مستحيلاً عقلاً ترد دعوى المدعي وبينته اذا اقامها ولو كانت بينة تواتر . بناءً عليه اذا احضر الطرفان المتداعيان جماعة واقاما التواتر فللحاكم امعان النظر في الخبرين وقبول ايهما جمع شروط التواتر واطمأن له قلبه ووجدانه لان الحاكم لا يمكن ان يقبل الخبرين لعدم امكان حصول الطمأنينة الى الاثنين بوقت واحد .

مادة ١٦٩٩ [انما جعلت البينة مشروعة لاظهار الحق] لا لنفيه لان النفي عدم والشهادة مشتقة من المشاهدة والمشاهدة تحصل بالعلم لا بالنفي .

[بناءً علية لا تقبل الشهادة بالنفي الصرف كقولك فلان ما فعل هذا الامر والشيء الفلاني ليس لفلان وفلان ليس بمديون لفلان] وفلان لم يكن بالتاريخ الفلاني

في بلدة كذا و كذا اذا ادعى المستودع رد الوديعة للمودع في مكان معلوم وادعى المودع بانه لم يكن موجوداً بذاك الوقت في ذاك المكان لا تقبل بينته ٠

[ولكن بينة النفي] والاثبات [المتواتر مقبولة مثلاً لو ادعى احد باني اقرضت فلاناً في الوقت الفلاني في المحل الفلاني كذا مقداراً من الدراهم واثبت المدعى عليه بالتواتر انه لم يكن في الوقت المذكور في ذلك المحل بل كان في محل آخر تقبل بينة التواتر ولا تسمع دعوى المدعي] لان التواتر قد اثبت عدم وجود المدعى عليه في المحل المدعى وقوع العقد فيه والثابت تواتراً لا يدخله الشك ٠

وكذا تقام البينة على الشرط المنفي كمن قال ان زوجتي طالق اذا كنت لم ادخل اليوم هذه الدار فتقبل بينة الزوجة على ان زوجها لم يدخل الدار لان هذه البينة اثبات للجزاء وهو الطلاق واثبات الطلاق اثبات لا نفي ٠

مادة ١٧٠٠ [يشترط ان لا يكون في الشهادة] وفي بعضها [دفع مغرم او جر مغنم او تناقض [يعني ان لا يكون داعية لدفع المضرة وجلب المنفعة] لان الرسول (صلعم) قال (لا تجوز شهادة الوالد لولده ولا الامرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا العبد لسيده ولا السيد لعبده ولا الشريك لشريكه ولا الاجير لمن استأجره) ٠ ولان المنافع بين الاصول والفروع متصلة ولا يجوز اعطـاء زكاة بعضهم لبعضهم حتى ان القاضي شريح كان رد شهادة الحسن لوالده ٠ وتقبل شها ة الاقارب فيما عدى ما ورد في هذا الحديث لان درجة القرابة لا تكون موصلة للمنافع بنسبة الاصول والفروع ولرب قائل يقول ان بعض الاخوان يحبون بعضهم اكثر من الآباء والابناء فنقول جواباً على ذلك ان الغالب الشائع هو وجود الصلة بين الاصول والفروع اكثر من غيرهم والعبرة للغالب الشائع لا للنادر ٠ وتقبل شهادة المدعي للشاهد الذى كان شهد له قبلاً ولا يقال انه شهد له فلا تقبل شهادته ٠

وحيث يشترط ان لا يكون في الشهادة دفع مغرم فلا تقبل شهادة الكفيل بالمال على اداء الدين من المكفول لان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل وكذا لا تقبل شهادة البائع

لمشترى المشترى بالبيع الواقع من المشتري الاول الى المشتري الثاني لانه ينفي عن نفسه عهدة البيع بهذه الشهادة .

وكذا لا تقبل شهادة الكفيل للمكفول له على المدين الاصيل لان الحكم على الاصيل والتحصيل منه يوجب براءة الكفيل .

وكذا لا تقبل شهادة المكفول له بالكفالة النفسية على اداء المكفول المال الذي بسببه حصلت الكفالة النفسية الى المكفول له .

وكذا اذا كفل اثنان مبلغاً ثم ادعى الدائن الكفالة على ثالث فشهد الكفيلان بكفالة الكفيل الثالث لا تقبل شهادتهما .

وكذا اذا ادى الوصيان دين المتوفي بلا حكم ثم شهدا بان للدائن القابض بذمة المتوفي مال لا تقبل شهادتهما ويضمنان ما دفعا ولو شهدا اولاً ثم امرهما القاضي بقضاء الدين وقضياه لا يلزمهما الضمان (انقروي) .

ولا تقبل شهادة المديون قبل اداء الدين مع شاهد آخر على ان الدين الثابت بذمته لفلان هو لفلان وان دائنه قد اقر بذلك وتقبل هذه الشهادة بعد اداء الدين (خانية) .

قلنا يشترط في الدعوى ان لا يكون فيها جر مغنم فلا تقبل شهادة الاصول والفروع لبعضهم ولا من يعيش بنفقة غيره ولا الاجير الخاص ولا الشريك في مال الشركة ولا الاصدقاء الذين صارت صداقتهم بدرجة تصرف كل منهم في مال الآخر ولا شهادة بعض الدائنين في الدين المشترك على الدائنين الآخرين بانهم قبضوا حقهم من المدين لان لهم الرجوع عليهم فيما قبضوه .

وكذا لا تقبل شهادة المأجور لاداء الشهادة ولا الشاهد الذي ركب الدابة التي استكراها المشهود له وحضر للمحكمة ان كان قادراً على المشي او على دفع اجرتها وللشاهد عند ابي يوسف أكل طعام المشهود له سواء هيأه له ام لا وتقبل شهادة الشاهد الذي ركب دابة المشهود له التي استكراها اذا كان الشاهد لا يقدر على المشي ولا على دفع الاجرة لان ذلك من الاكرام وقد ورد في الحديث (اكرموا الشهود) .

وكذا لا تقبل شهادة قاطني القرية واصحابها على حدود تلك القرية المختلف بها فيما بينهم وبين القرى المجاورة .

وكذا لا تقبل شهادة الدائن لمدينه بعد وفاته سواء كانت تركته مستغرقة ام لا وله الشهادة لمدينه حال حياته ولو مفلساً وبجنس دينه عليه لان دين المديون يتعلق بماله بعد وفاته وبذمته حال حياته · وفي الانقروي ولو ادعى على ميت ديناً وقضي له بذلك وقد ترك وفائه ثم ان المقضى له شهد للورثة بدين للميت على رجل لا تقبل لانه ينتفع به ·

وكذا اذا اقتسم شركاء ثلاث داراً مشتركة ثم شهد واحد لآخر بان الثالث باعه حصته لا تقبل شهادته لان البيع مانع لنقض القسمة بخيار العيب وهذا مضر بالشريك الشاهد ·

وكذا لا تقبل شهادة اهل السكة بمصالح السكة اذا كانت غير نافذة وتقبل شهادتهم بالنافذة الا اذا كان الشاهد يطلب حق فتح باب بتلك السكة ·

وترد الشهادة لدفع المغرم وجر المغنم ولو وقعت بحق من امتنعت عليه الشهادة ومن لم تمنع عليه معاً · فاذا شهد الاب لولده واجنبي ترد شهادته بحق الاثنين ولا يقال بانها ترد بما يصيب الابن وتبقى بما يصيب الاجنبي وكذا اذا شهد اثنان من المديونين الثلاثة بان دائنهم ابرأ ذمتهم من ماله عليهم من الدين ينظر فاذا كانوا كفلاء فلا تقبل شهادتهم لانفسهم ولا للمدين الثالث واذا كانوا غير كفلاء ينظر فاما ان يشهدوا هذه الشهادة بلفظ واحد فترد والا تقبل ·

وتقبل شهادة سكان القريه الذين لا اغنام لهم باعتداء الجوار على مرعى القرية اذا كان سكان القرية قوماً غير محصور · وتقبل شهادة اب التلميذ الذي يقرأ في مدرسة بالدعوى التي اقيمت بحق وقف غلة مشروطة على معلمي تلك المدرسة · وتقبل شهادة سكان المحلة على ماء السبيل الموجود بتلك المحلة بكونه موقوفاً بناءً على دعوى المتولي ·

وتقبل شهادة اهل المحلة بوقف مسجد محلتهم وتقبل شهادة العلماء المقيمين في المدرسة على ما وقف لتلك المدرسة وتقبل شهادة ابناء السبيل بما وقف على ابناء السبيل وقيل ان كان الشاهد يطلب لنفسه حقاً من ذلك لا تقبل والا تقبل وقيل تقبل على كل حال لان كون الفقيه في المدرسة والرجل في المحلة والصبي في المكتب غير لازم (بزازية) ·

[بناءً عليه لا تقبل شهادة الاصل للفرع والفرع للاصل يعني لا تقبل شهادة الآباء والاجداد والامهات والجدات لأولادهم واحفادهم ولا شهادة الاولاد

والاحفاد للآباء والاجداد والامهات والجدات وهكذا شهادة احد الزوجين للآخر] ولا تقبل شهادة الاقرباء بعضهم على بعض ولو شهد الشاهد على احدهم بدعوى للآخر فلا تقبل شهادة الابن لامه على ابيه ولا تقبل ايضاً شهادة الابوين بحق لابنهما على الابن الآخر .

وكذا بدعاوي غير المال فاذا شهد الولد بان اباه طلق خالته ينظر فاذا كانت ام الولد بقيد الحياة وغير مطلقة لا تقبل الشهادة والا تقبل وكذا لا تقبل شهادة الاولاد بان اباهم وكل وكيلاً لرؤية اموره سواء قبلها الوكيل او ردها (درر) .

يستثنى من ذلك شهادة الجد لحفيده على ولده فانها مقبولة لان حنو الجد على ابنه اكثر منه على حفيده .

وكذلك احد الزوجين فلا تقبل شهادتهما بعضهما على بعض ولو بعد الطلاق البائن وقبل انقضاء العدة وكذلك الزوجية العارضة بعد الشهادة وقبل الحكم فانها تمنع الشهادة السابقة وتبطلها .

[واما الاقرباء الذين هم ما عدا هؤلاء فتقبل شهادة احدهم للآخر] لعدم وجود التهمة ولان آية (واشهدوا ذوي عدل منكم) وردت عامة مطلقة فيعمل بعمومها لعدم وجود دليل التخصيص .

[وكذلك لا تقبل شهادة من يتعيش بنفقة شخص له ولا شهادة الاجير الخاص لمستأجره] استحساناً لان المالك يملك منفعة الاجير فاذا قبلت شهادة الاجير تكون مأجورة وهذا لا يجوز وتبطل شهادة الشاهد اذا استأجره المشهود له بعد الشهادة وقبل الحكم .

وكذا لا تقبل شهادة المزارع لرب الارض اذا كان البذر من صاحب الارض ولا شهادة الاجير المستخدم يوماً واحداً اذا شهد بذلك اليوم لكنها تقبل اذا اعادها بعد مضي اليوم المذكور .

[واما الذين هم خدام لشخص فتقبل شهادة كل للآخر . كذلك لا تقبل شهادة احد الشركاء للآخر في مال الشركة] لان المشهود به مشترك بين الشاهد والمشهود له وهي بحكم الشهادة للنفس ولا تقبل ايضاً شهادة اجير الشريك الخاص للشريك

الآخر بالمال المشترك وتقبل شهادة مثل هؤلاء لاقرباء بعضهم فتقبل شهادة الاجير الخاص لزوجة مستأجره وتقبل شهادة الاجير المشترك مطلقاً وتقبل شهادة الشركاء لبعضهم فيما لا يعود على مال الشركة وتقبل شهادتهم على بعضهم فيما يعود الى الشركة وتكون اقراراً ٠

ولا تجوز الشهادة على الشهادة بمال الشركة لانها تعود الى الشركة ٠

وكذا لا تجوز شهادة الموصى له بالوصية بالثلث او بمبلغ معلوم للمتوفي الموصي لان هذه الشهادة اما ان تزيد عن مقدار الوصية اذا كانت بالثلث واما ان تجعلها سالمة اذا كانت بمبلغ معلوم ٠

وكذا لا تقبل شهادة المرتزقة لغلة النقود الموقوفة لانهم ذو نصيب بها وتقبل شهادتهم باصل الوقف ٠

واذا شهد اثنان بمال لهما ولثالث فاما ان يقولا بشهادتهما ان المال مشترك بينهما و بين الثالث فترد شهادتهما واما ان يطلقا الشهادة ولا يقيداها فترد ايضاً لاحتمال الشركة واما ان يذكرا عدم وجود الشركة فتقبل شهادتهما بما يعود للثالث وكذا لا تقبل شهادة فقراء البيت اذا شهدوا بوصية اوصى بها على فقراء البيت واذا كانوا اغنياء تقبل ولو شهدوا ان هذه الدار صدقة موقوفة على فقراء جيرانه وهم منهم جازت ولو على فقراء قرابته لا لان القرابة لا تزول والجوار يزول فلم تكن شهادته لنفسه لا محالة (ابو السعود) ٠

وتقبل شهادة اثنين من قبيلة اذا شهدا بان زيداً قد اوصى بثلث ماله الى قبيلتهما ولا يكونان ذا حصة بذلك ٠

وتقبل ايضاً شهادة فقراء الجيران بالوصية الموصى بها على فقراء الجيران ولا يكون الشهود ذا حصة بها فاذا شهد اثنان من الفقراء بان زيداً قد اوصى بثلث ماله لفقراء جيرانه فتقبل شهادتهما ولو كانوا من جيرانه الفقراء لكنهما لا يأخذا حصة من الوصية ٠

وتقبل شهادة الشفعاء بالشفعة للشفيع اذا كانوا اسقطوا حقهم في الشفعة والا فلا ٠

[ولا تقبل شهادة الكفيل بالمال بكون المكفول به قد ادى من طرف الاصيل ولكن تقبل شهادة احدهم للآخر في سائر الخصوصات] ٠

ولا تقبل الشهادة للتناقض فاذا شهد الشهود بمال لزيد او لوقف او لمتولي وقف كالشهادة على عمار المتولي الذي اقامه في البناء انه اقامه لنفسه ثم شهد به لعمرو او لوقف آخر او بان المتولي

عمر العمارة لجهة الوقف ترد الشهادة الثانية للتناقض وكذا اذا ادعى المدعي المال لنفسه ثم شهد به لآخر لا تقبل شهادته ٠

مادة ١٧٠١ [شهادة الصديق لصديقه مقبولة ولكن اذا وصلت صداقتهما الى مرتبة يتصرف احدهما في مال الآخر فلا تقبل شهادة احدهما للآخر]

لانه يكون قد شهد لنفسه والشهادة بجر المغنم ودفع المغرم لا تصح ٠

مادة ١٧٠٢ [يشترط ان لا يكون بين الشاهد والمشهود عليه عداوة دنيوية وتعرف العداوة الدنيوية بالعرف] ٠

يشترط في الشهادة عدم وجود العداوة الدنيوية لان العداوة تجعل في القلوب احقاداً وهذا حرام ومناف للعدالة ولا يمكن للعقل السليم ان يقبل بان العدو لا يشهد كذباً بناءً على عداوته وتقبل شهادة العدو الى عدوه لعدم وجود التهمة ٠ وتنشأ العداوة الدنيوية عن حب الجاه والمال والتنافس في ذلك بناءً عليه لا تقبل شهادة المجروح على الجارح ولا شهادة ورثة المقتول على القاتل ولا شهادة المقذوف على القاذف ولا شهادة المشتوم على الشاتم ٠ ولا تحصل العداوة الدنيوية بمجرد طلب الحق لدى حاكم حقوقي او للضرب او بسبب طلب الحبس لاستيفاء الحق (تنقيح) ٠

ويجب لطالب رد الشهادة بسبب العداوة بيان سببها فلا تسمع الدعوى في ذلك بدون بيان السبب الا ان المشهود عليه اذا قال ان بينه و بين الشهود عداوة ولم يبين السبب يكون قد فسق نفسه وترد شهادته بحقهم اذا شهد (هندية) ٠

ولا تمنع العداوة الدينية الشهادة فتقبل شهادة العدو لعدوه بسبب اختلاف الدين او بسبب كون المشهود عليه فاسقاً او سفيهاً الا اذا حصل بسبب هذه العداوة عداوة دنيوية كافراط الفاسق باذاء الناس والقذف بهم ٠

مادة ١٧٠٣ [ليس لاحد ان يكون شاهداً ومدعياً ٠ بناءً عليه لا تصح شهادة الوصي لليتيم والوكيل لموكله] اذا كان وكيلاً بالخصومة والمرافعة ولا شهادة الوصي للمتوفي وتقبل شهادة الوكيل بقبض الدين لموكله بالدين والفرق بين الوصي والوكيل هو ان الوصي اذا

خرج من الوصايه وشهد لا تقبل شهادته اما الوكيل بالخصومة اذا خرج من الوكالة قبل المخاصمة وشهد تقبل شهادته ولا تقبل شهادة الوصي ولو بلغ جميع الورثة اذا قبل الوصاية بعد وفاة الميت وتقبل شهادته اذا رد الوصاية ولم يقبلها اصلاً (انقروي) لحلول الوصي محل الميت ولذا لا يملك عزل نفسه بلا عزل القاضي فكان كالميت نفسه فاستوي خصامه وعدمه بخلاف الوكيل اذا لم يخاصم قبلت لعدم التهمة لان الموكل حي وهو قائم في حق نفسه دون الوكيل .

وتقبل شهادة الوصي على الميت وعلى اليتيم وتقبل شهادة الورثة على دين التركة وعلى وصية المورث لعدم وجود التهمة (فيضيه)

وترد شهادة الوكيل بعد المخاصمة سواء اثبت وكالته بسند او بحضور الحاكم واذا عزل الوكيل من الوكالة بعد المرافعة ثم شهد لموكله ينظر فاذا كان التوكيل بحضور الحاكم تقبل شهادته واذا كان بحضور غير الحاكم واثبت الوكيل وكالته بالبينة بحضور الحاكم لا تقبل شهادته لان الوكالة لما اتصل بها القضاء صار الوكيل خصماً بحقوق الموكل على غرمائه فشهادته بعد العزل شهادة الخصم فلا تقبل بخلاف الاول لان علم القاضي بوكالته ليس بقضاء فلم يصر خصماً في غير ما وكل به وهو المشهود به فتجوز شهادته بعد العزل بحق آخر .

وتقبل شهادة الوكيل لموكله بغير ما وكل به . واذا كان التوكيل عاماً ينظر فاما ان يكون قد وقع بحضور الحاكم والوكيل قد عزل قبل المخاصمة فله ان يشهد بكل حق ودعوى لموكله واما ان يعزل بعد المخاصمة فلا تقبل شهادته بالدعوى التي خاصم بها فقط واذا كان التوكيل في خارج مجلس الحاكم واثبته الوكيل بالبينة بحضور الحاكم فلا تقبل شهادته بكل حق لموكله سابق على تاريخ الوكالة او بتاريخها .

مادة ١٧٠٤ [لا تقبل شهادة احد على فعله بناءً عليه لا تعتبر شهادة الوكلاء والدلالين على افعالهم بقولهم كنا بعنا هذا المال] ولا تقبل الشهادة من سلم المال اذا قال انه سلم المال بيده ولا تقبل شهادة الوكيل ولو كان وكيلاً بالنكاح لانه يشهد على فعل نفسه وتقبل شهادة الدلال والسمسار اذا لم يقل انه هو الذي سلم المال وكذا شهادة الوكيل بالنكاح فانها تقبل اذا لم يقل الشاهد انه وكيل . وتقبل شهادة قاسم المال وقاسم التركة ولو صرح بفعله

لان الملك لا يثبت بقسمتها ما لم يتراضيا على ذلك او يقترعا (خانية) وتقبل شهادة الشاهد الذي وزن المبلغ المقروض او عده بحضور رب المال ولو صرح بذلك .

[كذلك لا تصح شهادة حاكم منفصل عن بلدة على الحكم الصادر منه قبل العزل واما اذا شهد بعد العزل على اقرار من اقر في حضوره قبل العزل فتعتبر شهادته] لان شهادة الحاكم على الحكم واقعة على الحكم القولي وهذا لا يجوز اما الشهادة على الاقرار هي شهادة على فعل المقر لا على فعل الحاكم الا ان الشهادة على الاقرار قد منعت والحاكم اذا انفصل ولم يسجل الاقرار كانت شهادته بمثابة شهادة سائر الناس فلا تقبل بدون وثيقة خطية على ما جاء بالمادة ٦٩ من اصول المحاكمات الحقوقية والمادة ٢٤ من اصول المحاكمات الشرعية .

وكما لا تقبل الشهادة على الفعل لا تقبل ايضاً على ما هو بحكم الفعل كشهادة الكفلاء على الثمن باصل العقد فاذا قال الشاهد اشهد ان هذا المدعى عليه قد باع هذا المدعي المال الفلاني بمبلغ كذا ينظر فاذا كانت الكفالة واقعة بصلب العقد ترد لان البيع يكون بذلك قد تم بالكفالة فيكون الشاهد بحكم البائع ويكون قد شهد لنفسه واذا كانت الكفالة لم تقع بصلب العقد تقبل .

مادة ١٧٠٥ [يشترط ان يكون الشاهد عدلاً] وقد ورد في الكتاب الكريم واشهدوا ذوى عدل منكم ولان الشهادة خبر يحتمل الصدق والكذب فالعدالة ترجح جهة الصدق والفسق ينفيها لان الشاهد اذا كان غير عادل يختار الكذب .

وتقبل شهادة العادل ولو قال اولاً انه لا شهادة له او قال انه شاهد زور لامكان كونه لما قال هذا الكلام كان غير عالم بالشهادة ثم شهد بها لما عرفها او كان نسيها ثم تذكرها وتقبل شهادة العالم وغير العالم ومعلم الصبيان . [والعدل من تكون حسناته غالبة على سيئاته] وهذا هو من يتوقى من كبائر الذنوب والذي لا يصر على صغائر الذنوب والذي صلاحه اكثر من فساده وصوابه اوفر من خطيئاته وقد قال عليه السلام « لا صغيرة مع الاصرار ولا كبيرة مع الاستغفار فالصغيرة كبيرة بالاصرار عليها » .

ويكتفي للعدالة بان تكون الحسنات اكثر من السيئات لان لا عصمة الا للانبياء فاذا اشترطت العصمة سد باب الشهادة ٠

[بناءً عليه لا تقبل شهادة من اعتاد حالاً وحركة تخل بالناموس والمروءة كالرقاص والمسخرة ولا تقبل شهادة المعروفين بالكذب] ولا شهادة الذي لا يعرف شرائط الاسلام ولا المتجري على ارتكاب الكبائر وشاربي الخمر والمسكرات ولا شهادة الطفيلي والمغنية والذي يدور في الطرقات بالقميص واللباس والذي يكشف رأسه في محل لم يعتاد الناس كشف الرأس فيه وآكل الحرام وحالف الايمان الكثيرة صدقاً او كذباً ومن يدخل الحمام بدون قماط ومن عرف بالبخل والناطور والدلاك ومن اعتاد التسائل والملتزمين الذين لا يطلبون الحلال ولا يجتنبون الحرام ولا تقبل شهادة الفاسق خلافاً لابي يوسف ٠

اما الصنائع الدنيئة فلا تمنع قبول الشهادة لان كثيراً من منتسبي هذه الصنائع يكونون متحلين بحلي الادب والاخلاق وقد ورد في القرآن الكريم « ان اكرمكم عند الله اتقاكم » ٠

وكذلك اختلاف التابعية فانها مانعة للشهادة سواء كان الشاهد من تبعة اجنبية والمشهود عليه من تبعة الحكومة الوطنية او كان الشاهد والمشهود عليه من تبعة حكومتين مختلفتين اجنبيتين وتقبل شهادة الاجنبي على الاجنبي اذا كانا من تبعة دولة واحدة ٠

ولا تقبل شهادة المعروف بالكذب ولو تاب اما الفاسق فتقبل شهادته بعد التوبة وقد قدر الفقهاء هذه المدة بستة اشهر ٠



الفصل الرابع
في بيان موافقة الشهادة للدعوى

مادة ١٧٠٦ ـ يشترط في حقوق العباد ان تكون الشهادة موافقة للدعوى ومتحدة معها نوعاً وكماً وكيفاً ومكاناً وزماناً وفعلاً وانفعالاً ووصفاً وملكاً ونسبة بناءً عليه [تقبل الشهادة ان وافقت الدعوى] ويحكم بها بعد التزكية . [والا فلا] لان الشهادة اذا خالفت الدعوى يكون المدعي كاذباً بدعواه والدعوى الكاذبة ترد ولا تعتبر . ويشترط للشهادة بحقوق الناس سبق الدعوى وقد اعتبر صدق الشهادة دون الدعوى لان الشهود تشترط عدم التهم خلافاً للمدعي والعمل بالاصل بجانب الشهود في امر العدالة لا بجانب المدعي .

واذا وقعت المخالفة بين الدعوى والشهادة واعيدت الدعوى والشهادة وتوافقتا تقبل ما دام في المحل لم يبرح عنه (تكملة) .

فترد شهادة الشاهد اذا شهد بريالات مجيدية على دعوى الدنانير واذا خالفت الشهادة الدعوى بمقدار المدعى به او بكيفه او اذا وقعت المخالفه بين الشاهد والدعوى في الزمان والمكان او بالفعل والانفعال كمن ادعى على آخر بشق الضرف وشهد الشهود بانشقاقه او بالوصف كمن ادعى عقاراً بالجهة الشرقية وشهد الشهود بالعقار بالجهة الغربية او بالملك كمن ادعى بعبد تولد من جارية وشهد له الشهود بانه تولد من جارية غيرها .

[ولكن لا اعتبار باللفظ وتكفي الموافقة معنىً مثلاً اذا كان المدعى به وديعة وشهد الشهود على اقرار المدعى عليه بالايداع او كان غصباً وشهدت الشهود على اقرار المدعى عليه بالغصب فتقبل شهادتهم كذلك اذا ادعى المديون بانه ادى الدين وشهدت الشهود على ان الدائن ابرأ المديون فتقبل شهادتهم] لان الابراء يحمل على ابراء الاستيفاء .

وكذا اذا ادعى بحق على آخر بحسب كفالته لزيد وشهد الشهود بذلك الحق بحسب كفالته لعمرو تقبل شهادتهم .

وكذا اذا ادعى المدعي الملك بالشراء من رجل غير معين وشهد الشهود بالملك المطلق تقبل شهادتهم .

وكذا اذا ادعي المدعي الملك المطلق وشهد الشهود بالملك بالسبب ثم رجع المدعي وادعى بانه يدعى الملك بالسبب المذكور تقبل شهادتهم .

وكذا اذا ادعى المديون الابراء وشهد الشهود الصلح عن بعض المال بجنس الدين تقبل شهادتهم لان الصلح عن بعض المال ابراء عن بعض الحق .

وكذا اذا ادعى المديون الابراء وشهد الشهود على الاداء يسأل المديون فاذا قال ان الابراء ابراء استيفاء تقبل الشهادة والا ترد وان لم يبين وسكت لا يجبر على البيان لان البيان يحيي خالص حقه والانسان لا يجبر على احياء خالص حقه وترد الشهادة لانها وقعت باكثر مما ادعاه المدعي لان المدعي ادعى برائة محتملة وهما شهدا ببرائة تكون بالايفاء لا محالة فلا تقبل الا اذا وفق المدعي بين الدعوى والشهادة (ولوالجية وهندية) .

وتقبل شهادة الشهود اذا ادعى المديون الاداء وشهدوا على الابراء وتقبل الشهادة بالصدقة والتسليم لمن ادعى الهبة والتسليم وتعتبر المخالفة بين الشهادة والدعوى فيما يجب اعتباره اما فيما لا يجب اعتباره كزمان الاقرار ومكانه في الشهادة على الاقرار وفي حال المقر راكباً كان او ماشياً او مكان البيع لا يعتبر الاختلاف اصلاً وتقبل الشهادة . وكذلك الوديعة والقرض فاذا ادعى المدعي القرض او الوديعة في السوق وشهد الشهود في الدار تقبل شهادتهما .

وكذلك ذكر ما لا يجب ذكره من قبل الشهود اذا ذكر وظهر انه غلط لا يمنع الشهادة كقول الشهود ان الدابة المشهود بها مقطشة الآذان فلا ترد شهادتهما اذا ظهر انها سالمة لان هذه الاشياء لا يحتاج الى اثباتها فذكرها والسكوت عنها سواء (خانية) .

ولا تشترط موافقة الشهادة للدعوى في حقوق الله لعدم اشتراط سبق الدعوى في الحقوق المذكورة ولان وجود الدعوى بذلك وعدمها مساوٍ فاذا ادعت الزوجة الطلاق من وكيل وكله زوجها بالطلاق وشهد الشهود بان الطلاق وقع من الزوج تقبل شهادتهم (تكملة) .

وترد الشهادة اذا لم توافق الدعوى لفظاً ومعنى فاذا ادعى المديون بانه ادى الدين مقسطاً وشهد الشهود بالاداء مطلقاً ترد شهادتهم وكذا اذا ادعى المدعي الشراء على زيد وشهد الشهود بالشراء من وكيل زيد او شهدا بالبيع من فضولي وباجازة المالك ترد الشهادة (هندية) ٠

ويجوز للشاهد ان يضيف الى شهادتة او ينقص منها قبل خروجه من مجلس الحاكم اذا كان عدلاً ويحكم الحاكم بالشهادة الثانية عند بعض الفقهاء ويحكم بالشهادة الاولى عند الفقهاء الآخرين لان الحاكم مجبور على الحكم بالشهادة الاولى فلا يبطل حق المدعي برجوع الشاهد عنها الا اذا كان ما رجع به الشاهد لا يوجب التهمة كالاشارة الى الخصمين ولفظ الشهادة فان الشاهد اذا تركها ثم ذكرها تقبل شهادته بالاتفاق والا فلا لان مهابة المجلس تؤثر به ٠

مادة ١٧٠٧ [موافقة الشهادة للدعوى اما بصورة مطابقتها لها بالتمام او بكون المشهود به اقل من المدعى به] وتسمى الاولى مطابقة بالدلالة والثانية مطابقة بالتضمن وتقبل الشهادة بالاقل من المدعى به ولو لم يوفقها الشاهد لان المقدار الذي شهد به الشاهد داخل تحت الدعوى ٠

[مثلاً اذا ادعى المدعي بان هذا المال ملكي منذ سنتين فكما تصح شهادتهم اذا شهدوا بكونه ملكه منذ سنتين كذلك تصح شهادتهم اذا شهدوا بكونه ملكه منذ سنة كذلك اذا ادعى المدعي بالف وشهدت الشهود بخمسماءة فتقبل شهادتهم في حق الخمسماءة فقط] ٠

وكذا اذا ادعى المدعي بالف وادعى المدعى عليه اداء خمسمائة وشهد الشهود باداء اربعمائة قرش تقبل شهادتهم بحق الاربعمائة ٠

وكذا اذا ادعى المدعي الف قرش قرضاً واقام شاهدين شهد احدهما على قرض الالف والآخر شهد على القرض والاداء يحكم على المدعى عليه بالالف للنصاب ولا يحكم برد دعوى المدعي لعدم وجود النصاب ولعدم سبق الدعوى بحق الاداء ٠

وكذ اذا ادعي المدعي بدار وشهد له شاهدان بانها ارث من ابيه له ولاخيه تقبل شهادتهم ويحكم له بها بالاشتراك مع اخيه ·

وكذا اذا ادعى المدعي الف قرش قرضاً وشهد الشهود بدفع الف قرش فقط ولم يبينوا الجهة يحكم بالقرض الا اذا ادعى المدعى عليه الامانة او الوديعة يقبل قوله ويكلف المدعي لاثبات القرض ·

وكذا اذا ادعي المدعي الملك الغير المؤرخ وشهد الشهود بالملك المؤرخ تقبل شهادتهم واذا ادعي المدعي الملك المؤرخ وشهد الشهود بالملك غير المؤرخ ترد شهادتهم لان الملك غير المؤرخ هو ملك مطلق واكثر من المؤرخ (هندية) ·

وكذا اذا ادعى المدعي الملك منذ عشر سنوات وشهد الشهود بملكه منذ سنة واحدة يحكم بشهادتهم لان المدعي صدقهما في السنة وادعى الزيادة ·

مادة ١٧٠٨ [اذا كان المدعى به اقل مما شهدت به الشهود فلا تقبل شهادتهم] واذا ظهر بعد الحكم ان المدعى به اقل مما شهدت به الشهود يبطل الحكم ولا ينفذ (انقروي) · ولا تقبل الشهادة على الملك المطلق بدعوى الملك المقيد ولا تقبل الشهادة في الملك المؤرخ بسبب الشراء اذا ارخ الشهود تاريخاً اقدم من تاريخ المدعي فاذا ادعى الشراء من شهر وشهدوا له من سنة · وكذا اذا ادعى المدعي داراً واستثنى منها غرفة وشهد الشهود بالدار والغرفة وادعى الفاً وبعدالشهادة رجع المدعي وقال انه كان قبض من الالف خمسمائة لا تقبل الشهادة لان قوله كنت قبضت دليل على وقوع القبض قبل الشهادة وهذا يكذب الشهود · [الا ان يكون الاختلاف الذي بين الشهادة والدعوى قابلاً للتوفيق و يوفق المدعي ايضاً بينهما فحينئذ تقبل] سواء وفق المدعي متصلاً او منفصلاً · وكما لا تقبل هذه الشهادة بدون التوفيق فانها لا تقبل بمجرد امكان التوفيق ·

فاذا ادعى المدعي الشراء من شهر وشهد الشاهد له من سنة ثم وفق المدعي بقوله نعم كنت اشتريته من سنة ولكني بعته للبائع واشتريته منه من شهر تقبل بينته وكذا اذا ادعى الدار الا غرفة وشهد الشهود بجميع الدار وقال المدعي نعم كنت املك جميع الدار الا انني بعت منها تلك

الغرفة اخيراً تقبل دعواه و بينته . ولا يحتاج التوفيق اثباتاً اذا كان يحصل بفعل المدعي فاذا ادعى الف قرش وشهد الشهود بالف ومائتين ثم قال المدعي نعم كان لي عنده الف ومائتين لكنني قبضت منه المائتين المذكورة او ابرأتها منه لكن شهودي لا يعلمون ذلك يقبل توفيقه بدون اثبات واذا كان التوفيق لا يحصل بفعل المدعي فقط بل يحتاج الاثبات كمن ادعى الملك بسبب الهبة والتسليم وشهدت شهوده له بسبب البيع ووفق بقوله نعم كنت استوهبته من المدعى عليه واستلمته الا انه انكر هبته واسترده مني فاشتريته يقبل توفيقه اذا اثبت البيع بوجهه الشرعي .

[مثلاً اذا ادعي المدعي بان هذا المال ملكي منذ سنتين وشهدت الشهود بكونه ملكه منذ ثلاث سنين لا تقبل شهادتهم كذلك اذا ادعى المدعي بخمسمائة وشهدت الشهود بالف لا تقبل شهادتهم ولكن اذا وفق بين الشهادة والدعوى بقوله كان لي عليه الف ولكن ادى منها خمسمأة و بقيت عليه خمسمأة وليس للشهود علم بذلك فتقبل شهادة الشهود].

مادة ١٧٠٩ [اذا ادعى المدعي الملك المطلق بقوله هذه البستان ملكي مثلاً وشهدت الشهود بالملك المقيد بان المدعي اشترى هذا البستان من فلان تقبل شهادتهم] لان الملك المقيد اقل من الملك المطلق . الا اذا اختلف الشهود بسبب الملك كشهادة احدهم للمدعي بالارث من ابيه والثاني بالارث من اخيه فترد شهادتهم لا بسبب مخالفتها للدعوى بل لمخالفتها لبعضها .

[وهو انه اذا شهدت الشهود بالملك المقيد على ذلك الوجه سأل الحاكم المدعي بقوله أبهذا السبب تدعي الملك ام بسبب آخر فان قال المدعي نعم انا ادعي الملك بهذا السبب قبل الحاكم شهادة الشهود وان قال ادعيت بسبب آخر او لا ادعيه بهذا السبب ردالحاكم شهادة اولئك الشهود] . لان المدعي كذب الشهود وفسقهم .

مادة ١٧١٠ [اذا ادعى المدعي في بستان ملكاً مقيداً مثلاً ينظر الى قوله فان قال اشتريته ولم يذكر بائعه او قال اشتريته من احد منهما] او قال اشتريته من زيد وكان زيد غير معروف ولم يعرفه المدعي ببيان اسم ابيه وجده او ادعى الشراء مع القبض ولم يبين ممن اشتراه او ادعى النتاج يكون قد ادعى الملك المطلق فاذا [شهدت الشهود على الملك المطلق بقولهم هذا البستان ملكه فتقبل شهادتهم لكون الدعوى في حكم دعوى الملك المطلق] وتقبل شهادة الشهود بالملك المطلق اذا ادعى المدعي الملك نتاجاً [ولكن اذا صرح المدعي بقوله اشتريت من فلان وشهدت الشهود على الملك المطلق فلا تقبل شهادتهم لانه اذا ثبت الملك المطلق فيثبت وقوعه عن اصل ويلزم ان يكون المدعي مالكاً زوائده] المنفصلة والمتصلة [كلزوم كون المدعي مالكاً ثمر البستان الذي حصل قبل مثلاً . ولكن اذا اثبت الملك المقيد فلا يثبت الا من تاريخ وقوع السبب كتاريخ وقوع البيع والشراء وبهذه الجهة يكون الملك المطلق بالنسبة الى الملك المقيد اكثر وبهذه الصورة تكون الشهود قد شهدت بالاكثر فلا تقبل شهادتهم] ولا يملك المشترى زوائد المبيع الا التي حصلت بعد تاريخ البيع .

وتختص احكام هذه المادة بالملك والعين اما الديون فلا فرق بين الملك المطلق والمقيد فيها فاذا ادعى المدعي الدين بسبب القرض وشهدت الشهود بالدين مطلقاً تقبل شهادتهم لان الدين لا يحتمل الزيادة فلا تكون الشهادة بالمطلق اكثر من الشهادة بالمقيد به .

مادة ١٧١١ [لا تقبل الشهادة اذا كانت مخالفة للدعوى بسبب الدين مثلاً اذا ادعى المدعي الفاً على انه ثمن المبيع وشهدت الشهود على المدعى عليه انه مديون بالف من جهة القرض فلا تقبل شهادتهم] لان الذي يثبت بالشهادة هو غير الحق المدعي به الا اذا كان الشهود لا يعلمون السبب او وجدت مخالفة لا يحتاج اثبات زائدها وناقصها فتقبل

الشهادة مثلاً اذا ادعى المدعي الف قرش فشهد الشهود بقوله ان المدعي اعطى المدعى عليه الف قرش لكنهم لا يعرفون فيما اذا كان قرضاً او غير قرض تقبل شهادتهم ٠

وكذا اذا ادعى المدعي الف قرش من جهة ثمن المبيع وشهدت الشهود بان المدعى عليه اقر للمدعي بالف قرش من جهة الدين تقبل الشهادة اذا وفقها المدعي بقوله وان كان المدعى عليه اقر بالدين الا ان الدين ناشئ عن ثمن المبيع واذا لم يوفق لا تقبل ٠

وكذا اذا ادعى المدعي على آخر بقوله لي عند زيد الف قرش من جهة القرض وهذا المدعى عليه كفله فشهدت الشهود على اقرار المدعى عليه بكفالته بالف قرش بسبب القرض الى عمرو تقبل الشهادة اذا وفقها المشهود له بقوله نعم انه كان اقر بكفالته الى عمرو لكن الكفالة كانت عن ذمة زيد لان الشهود قد اتفقوا بالمعقود فلا يضر اختلافهم بعد ذلك بالسبب واذا قال المدعي ان المدعى عليه لم يقر كما قال الشهود وان المدعى عليه كفيل لدين على زيد ترد الشهادة لانه يكون قد كذب الشهود ٠

ولا تقبل الشهادة اذا اختلف المدعي والشهود بسبب العقد او الفعل الذي نشأ عنه الدين مثلاً اذا ادعى الفاً من ثمن الدابة المباعة وشهد الشهود بالالف من ثمن الدار او من قيمة المغصوب الهالك ترد الشهادة (هندية) ٠

ولا تقبل الشهادة اذا خالفت الدعوى بسبب الملك [فاذا ادعى المدعي بان هذا الملك لي موروث من والدي وشهدت الشهود بانه موروث من امه فلا تقبل شهادتهم] ٠

وكذا اذا ادعى المدعي النتاج وشهدت الشهود بالشراء ترد الشهادة الا اذا وفق المدعي بقوله نعم هو نتاج لكنني بعته ثم اشتريته واثبت دعواه ٠

وكذا اذا ادعى المدعي الملك بسبب البيع من المدعى عليه وشهدت الشهود بالهبة والتسليم ترد شهادتهم الا اذا وفق المدعي (هندية) ٠

وكذا اذا ادعى المدعي الملك بسبب البيع بمقابل دابة وشهدت الشهود بالشراء مطلقاً ترد الشهادة الا اذا وفقها المدعي (هندية) ٠

وكذا اذا ادعى المدعي الارث وشهدت الشهود بالشراء ترد شهادتهم الا اذا وفق المدعي

بقوله نعم كنت اشتريتها من المدعى عليه ثم بعتها لوالدي ثم مات وانتقلت لي بالارث عنه واثبت هذه الدعوى تقبل دعواه وبينته ٠

* * *

الفصل الخامس

في بيان اختلاف الشهود

مادة ١٧١٢ يجب في الشهادة مطابقتها لبعضها واذا اختلفت يكون كل من الشاهدين ادى شهادة غير شهادة الآخر ولا يحصل النصاب بمثل هذه الشهادات ٠ ويشترط للتطابق المطابقة الحقيقية عند الامام وتكفي المطابقة الضمنية عند الامامين فاذا ادعى المدعي بالفي قرش وشهد احد الشهود بالف والثاني بالفين لا تقبل شهادتها عند الامام وتقبل بالالف عند الامامين لان الالفين تتضمن الالف الا اذا شهد احد الشاهدين بأكثر من الدعوى فترد حينئذ شهادته للزيادة ٠

فاذا شهد احد الشهود بان زيد وكل عمرواً بدعوى الفرس والدار وشهد الآخر بالوكالة على الدار تقبل الشهادة بالوكالة على الدار فقط عندهما ٠ وكذا اذا شهد احد الشهود بان الوكالة خاصة والآخر شهد بها عامة يحكم بالوكالة الخاصة ٠ وكذا اذا شهد احدهما بان سبب الدين كفالة وقال الآخر انه حوالة يحكم بالحوالة لانها اقل من الكفالة (هندية) ٠ وكذا في الهندية اذا ادعى عشرة ليرات عثمانية ذهب والف قرش فشهد احد الشهود شهادة مطابقة للدعوى وشهد الآخر بالليرات الذهبية فقط يحكم بالليرات لان الشهود قد اتفقوا على الاقل وانفرد احدهما بالزيادة وكل ما هو كذلك ثبت فيه المتفق عليه دون ما تفرد به احدهما ولان المدعي لم يكذب احد شاهديه اما اذا كذب المدعي شاهد الزيادة بالرجوع الى الاقل ترد الشهادة ٠

وكذا اذا ادعى المدعي فرسين فشهد احد الشهود بفرسين والثاني بواحدة او ادعى بالف ليرة انكليزية فشهد احد شهوده بالف ليرة انكليزية والثاني بالف ليرة عثمانية تقبل شهادة الاقل ويحكم بها (هندية) ٠

وقال الامام الاعظم اذا اختلف الشهود بعدد معطوف على بعضه بأدات العطف تقبل فيه الشهادة على الاقل مثلاً اذا ادعى المدعي بخمس وار بعين غرشاً وشهد احد الشهود بخمس وار بعين والثاني بار بعين يحكم بالار بعين واذا اختلف الشهود بعدد غير معطوف على بعضه بأدات العطف لا تقبل فيه الشهادة على الاقل مثلاً اذا ادعى المدعي بار بعين قرشاً وشهد احد الشهود بالار بعين والثاني بعشرين لا تقبل الشهادة ·

وقد اختلف الفقهاء بامر ترجيح قول الامام على الامامين بهذه الجهة وكل منهم سلك مسلكاً غير الآخر ورجح غير ما رجحه غيره والمجلة سكتت عن هذه الجهة ولم يعلم منها اي قول قبلت من القولين الا اننا اذا نظرنا الى المادة ١٧٠٧ نرى ان جمعية المجلة قبلت فيها الاتفاق ولم تبنها على قول الامامين لكننا اذا قلنا ان المطابقة بين الشهادة والدعوى هي غير المطابقة بين الشهادتين فاذا ادعى المدعي الغصب او القتل وشهد الشهود على الاقرار بالقتل او الغصب تقبل شهادتها ولا تقبل اذا اختلفا فشهد احدهما على الاقرار بالغصب والثاني على فعل الغصب ·

ويشترط التطابق بالمشهود به لا بلفظ الشهادة فلا يشترط على الشاهدين ان يقولا قولاً واحداً بل تكفي المرادفة في قولها واذا اختلفا فيما لا يجب ذكره وبيانه لا تؤثر بالشهادة ·

فتقبل شهادة الشاهدين اذا شهد احدهما بالهبة والتسليم والثاني بالهدية والتسليم لانها الفاظ مترادفة ·

وكذا اذا ادعى المدعي الابراء من الدين وشهد احد الشاهدين بالابراء وشهد الثاني بالهبة او التصدق تقبل شهادتهم لان هبة الدين للمدين ابراء ولا تقبل الشهادة اذا ادعى المدعي الاداء وشهد احدهما بالاداء او على الاقرار بالاستيفاء والثاني بالهبة ·

وفي الهندية تقبل شهادة الشاهدين اذا شهدا بالابراء وقال احدهما ان المشهود عليه كان حين الابراء راكباً فرساً وقال الثاني انه كان راكباً بغلاً او قال احدهما انه كان لابساً لباساً ابيض والثاني قال انه كان لابساً لباساً اسود ·

وفي الوالجية اذا ادعى الصغير صدور الاذن له من وليه وشهد احد الشهود بانه اذنه بتجارة الحنطة وشهد الثاني بانه اذنه بتجارة الشعير تقبل شهادتهم لان القصد من الشهادة هي الاذن وهذا قد تحقق بالشهادة ·

[واذا اختلف الشهود في المشهود به لا تقبل شهادتهم] .

وهذا الاختلاف يكون على سبعة انواع : النوع الاول اختلافهم في الجنس وهو مانع لقبول الشهادة [مثلاً لو شهد احد الشهود بالف قرش ذهباً والآخر بالف فضة لا تقبل شهادتهما] . سواء ادعى المدعي فضة او ذهباً لانه ايهما ادعى يكون كذب بدعواه احد شاهديه (هندية) . وكذا اذا ادعى المدعي ديناً من جهة الحوالة فشهد احد الشهود بالفضة وشهد الثاني بالذهب ترد شهادتهما .

النوع الثاني الاختلاف بسبب المشهود به وهذا ايضاً يمنع قبول الشهادة سواء كانت الشهادة بالعين كمن ادعى داراً وشهد احد الشهود بالملك بسبب الارث والثاني بسبب الشراء او كانت الشهادة بالدين كمن ادعى ديناً وشهد له احد الشهود بالدين بسبب القرض والآخر بسبب الامانة او شهد له احدهما بسبب القرض والثاني بثمن المبيع فلا تقبل شهادتهما . وكذا اذا شهد احد الشهود على الاقرار بالاستيفاء والثاني بالابراء عن الدين لا تقبل شهادتهما .

النوع الثالث الاختلاف بالملك او بالاقرار فهذا ايضاً مانع لقبول الشهادة فاذا شهد احد الشهود بملك المشهود له وشهد الآخر بان المشهود عليه اقر له به ترد شهادتهما .

يستثنى من ذلك اربعة احوال :

الاول اذا ادعى المدعي ديناً وشهد احد الشاهدين بان المدعى عليه اقر بالمبلغ للمدعي من جهة القرض وشهد الثاني على اقرار المدعى عليه بالمبلغ من جهة الوديعة تقبل شهادتهما لانهما اجمعا على اقراره انه وصل اليه عشرة دراهم من قبل المدعي وقد جحد الوديعة فكان ضامناً (خانية) .

الثاني اذا ادعى المدعي مالاً من ذي اليد وشهد احد الشهود بان المدعى عليه اقر للمدعي بالغصب والثاني شهد على اقراره بالايداع وقال المدعي بعد ذلك نعم ان المدعى عليه قد اقر كما قال الشهود لكنه كان غصب مني المدعى به تقبل شهادتهما ويعد المدعى عليه غاصباً للمال من المدعي .

الثالث اذا ادعى المدعي القرض وشهد احد الشهود على القرض والثاني على الاقرار بالقرض تقبل شهادتهما .

الرابع اذا ادعى المدعي بعشر ليرات وشهد احد الشهود بعشر ليرات وشهد الثاني على اقراره بالعشر ليرات تقبل شهادتهما ·

النوع الرابع اختلاف الشهود بالمشهود به من حيث البتات او الاقرار مانع لقبول الشهادة فاذا شهد الشهود بان قيمة المال المغصوب عشرة ليرات وشهد الآخر بان ادعى عليه اقر بان قيمة المغصوب عشرة ليرات ترد شهاتهما لان البتات غير الاقرار ·

وكذا اذا شهد احد الشاهدين بان المدعي اخذ المبيع وفيه عيب كذا وشهد الآخر بان البائع اقر بان المشتري اخذ المبيع وفيه عيب كذا ترد شهادتهما لان المقصود منها هو اثبات العيب القديم ·

النوع الخامس الاختلاف بالمشهود به بكونه فعلاً او قولاً موجب لرد الشهادة فاذا شهد احد الشهود بالغصب والآخر بالاقرار بالغصب · او اذا شهد احد الشهود بان الولي اذن الصغير بالتجارة وشهد الآخر بكونه رآه يبيع ويشتري وسكت ترد الشهادة ·

وكذا اذا شهد احد الشهود بان الدائن اقرض المديون وشهد الآخر بان المديون اقر بالاستقراض ترد شهادتهما · وتقبل الشهادة اذا قال احد الشهود بان للمدعي عند المدعي عليه كذا مبلغ ديناً عليه وشهد الآخر على اقرار المدعى عليه بالدين تقبل الشهادة لان الاولى لبست بشهادة على الفعل ·

وفي الهندية لا تقبل الشهادة اذا شهد احد الشاهدين على الرهن والقبض والثاني على اقرار الراهن بالرهن والقبض لان الرهن وان كان من الاقوال الا انه يتوقف على القبض والقبض فعل والاقرار به قول وتقبل شهادتهما اذا شهدا على الاقرار بالرهن والقبض ·

وكذا في الهندية اذا ادعى المدعي الاداء وشهد احد الشهود بالاداء والثاني على اقرار المدعى عليه بالاداء ترد الشهادة ·

استثناء : — تقبل الشهادة اذا اتحد القول والفعل فاذا ادعى المدعي بان المدعى عليه باعه المال بيعاً باتاً او وفاءً وشهد احد الشهود على البيع والثاني على اقرار المدعى عليه بالبيع تقبل شهادتهما لان لفظ البيع والاقرار به متحدان ·

النوع السادس اذا كان المشهود به فعلين مختلفين ترد الشهادة فاذا شهد احد الشهود بان الولي

رأى الصغير وهو يبيع الحنطة وسكت ولم ينهه وشهد الآخر بانه رآه وهو يبيع الشعير وسكت ولم ينهه ترد شهادتهما لانهما فعلان مختلفان ·

النوع السابع اذا اختلفا بالملك المؤرخ وغير المؤرخ فاذا ادعى المدعي بالملك المؤرخ وشهد احد الشهود بالملك المؤرخ والآخر بالملك غير المؤرخ ترد شهادتهما واذا ادعى المدعي بالملك غير المؤرخ واختلف الشهود بالتاريخ وعدمه تقبل شهادتهما ويحكم بالملك المؤرخ لانه اقل من غير المؤرخ ·

النوع الثامن اذا اختلفا بالملك المطلق والمقيد · فاذا ادعى المدعي الملك المقيد وشهد احد الشهود بالملك المطلق والآخر بالملك المقيد ترد الشهادة اما اذا ادعى المدعي الملك المطلق وشهد احد الشهود بالملك المطلق والآخر بالملك المقيد تقبل الشهادة ويحكم بالملك المقيد ·

مادة ١٧١٤ [اذا اوجب اختلاف الشهود في الشيء المتعلق بالمشهود به الاختلاف في المشهود به فلا تقبل شهادتهم والا تقبل بناءً عليه اذا شهد احد الشهود بالفعل في زمان معين او مكان معين وشهد الآخر بالفعل في زمان آخر او مكان آخر في الخصوصات التي هي عبارة عن الفعل الصرف كالغصب وايفاء الدين فلا تقبل شهادتهما لان اختلافهما هذا موجباً للاختلاف في المشهود به] لان الفعل في زمان ومكان هو غير الفعل في زمان ومكان آخر ·

وكذا اختلافهما بالزمان والمكان في الجناية والقتل وقبض المبيع وتسليم الثمن مانع لقبول الشهادة لانها افعال واختلافهما بزمان النكاح ومكانه مانع ايضاً لقبول الشهادة لان النكاح قول ملحق بالافعال وان النكاح قول يشترط الفعل لصحته ·

واذا شهد احد الشهود بكون فعل الغصب وقع بشهر رمضان والثاني شهد بكون فعل الغصب وقع بشوال ترد الشهادة لان في الغصب الاول تجب قيمة المغصوب في رمضان وفي الثاني تجب قيمته في شوال ولأمكان اعادة المغصوب للغاصب برمضان وغصبه منه في شوال ·

[واما اختلاف الشهود في الزمان والمكان في الخصوصات التي هي من قبيل

القول كالبيع والشراء والاجارة والكفالة والحوالة والهبة والرهن والدين والقرض والابراء والوصية] والوكالة والاقرار والطلاق والعتاق والقذف [فلا يكون مانعاً لقبول شهادتهم لانه لا يكون موجباً للاختلاف في المشهود به] لان القول لا يتقيد في الزمان والمكان فتقبل الشهادة اذا شهد احد الشهود بالبيع في شهر رمضان والثاني بشهر شوال ٠

[مثلاً اذا ادعي احد بانه كان قد ادى دينه وشهد احد الشهود بانه اداه في بيته والآخر شهد بانه اداه في حانوته لا تقبل شهادتهما] وكذا الحكم بالاختلاف في الزمان٠ وكذا اذا شهد احد الشهود بان القاتل قتل المقتول بالخنجر والثاني بالسيف ترد شهادتهما ٠

[واما اذا ادعى احد المال الذي في يد الآخر بقوله كنت بعتني هذا المال بكذا دراهم فسلمتني اياه وشهد احد الشهود بانه باعه اياه في الدار الفلانية وشهد الآخر بانه باعه اياه في الحانوت الفلاني فتقبل شهادتهما] اذا عينا ثمناً للمبيع لان الشهادة بالشراء تحتاج لبيان الثمن لعدم صحة الحكم في الشراء بدون الثمن ٠

وكذا اذا ادعي المدعي مالاً من ذي يد فشهد احد الشهود بان المدعى به للمدعي وشهد الثاني بان المدعى عليه اقر بان المدعى به للمدعي تقبل شهادتهما [لان الفعل لا يكرر ولا يعاد] واذا تكرر فالفعل المتكرر هو غير الفعل الاول فالغصب مثلاً اذا وقع بزمان ومكان يعتبر فيه الرد والتضمين بالنسبة للمكان وبالنسبة لقيمته في زمان الغصب والاختلاف بذلك بين الزمانين والمكانين ظاهر ٠ [ولكن القول يمكن ان يكرر ويعاد] ويمكن لاحد الشاهدين ان يسمع القول الاول والثاني ان يسمع القول الثاني ٠

وقد ذكرت كلمة القول مطلقة في هذه المادة ويستفاد من ذكرها على هذا الوجه ان ثبوت حكم العقد المشهود به ولو كان يتوقف على فعل القبض تقبل شهادة الشهود ولو شهدا بزمانين ومكانين مختلفين مثلاً اذا شهد احد الشاهدين بقوله اشهد ان هذا الرجل وهب او تصدق او اقرض او

رهن وسلم المال الفلاني الى فلان في دمشق وقال الشاهد الثاني بانه وهب او تصدق او اقرض او رهن وسلم في بيروت تقبل الشهادة لان القبض بعضاً يكون اكثر من مرة الا اذا اختلف الشهود بالزمان اختلافاً فاحشاً بان قال احدهما ست سنين فاكثر وقال الثاني ثلاث سنوات فاقل ترد شهادتهما (فتية) وفي البحر اذا شهد احد الشهود بان زيداً طلق زوجته يوم عيد الاضحى في البصرة وقال الثاني انه طلقها بانه طلقها يوم عيد الاضحى بدمشق ترد شهادتهما لعدم امكان وجود الرجل في البصرة وفي دمشق في وقت واحد ٠

مادة ١٧١٤ [اذا اختلف الشهود في لون المال المغصوب او في كونه ذكراً او انثى فلا تقبل شهادتهم مثلاً اذا شهد احد الشهود في حق الدابة المغصوبة بكونها شهباء وشهد الآخر بكونها سوداء او حمراء او شهد احدهما بكونها ذكراً وشهد الآخر بكونها انثى فلا تقبل شهادتهما] ٠ لان الالوان المختلفة والذكورة والانوثة لا يجتمعوا في الشيء الواحد في وقت واحد والشاهد مكلف ببيان الذكورة والانوثة في الشهادة لان القيمة تختلف باختلافها خلافاً للون فان الشهود لا يكلفون ببيانه والاختلاف فيه لا يجعل اختلافاً بالمنافع اذ الاختلاف بالذكورة والانوثة فاحش والاختلاف في اللون ليس بفاحش ٠

مادة ١٧١٥ [اذا اختلفت الشهود في مقدار البدل في دعوى العقد] كالبيع والاجارة والرهن والصلح عن دم العمد والنكاح او اختلفوا بجنس البدل او اختلفوا بمنفعة المأجور او اختلفوا بنوع العمل باجارة الآدمي او لم يسمي الشهود الثمن بدعوى العقد [فلا تقبل شهادتهم مثلاً اذا شهد احدهما بان المال بيع بخمسمائة والآخر شهد بانه بيع بثلاثمائة فلا تقبل شهادتهما] ٠ لان البيع بالثلاثمائة هو غير البيع بالخمسمائة فلم يحصل نصاب في الشهادة على ان البيع يختلف في العقد باختلاف الثمن الذي هو من اركان البيع ٠

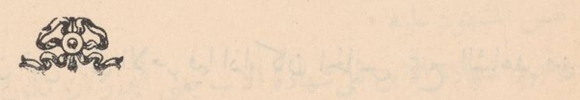
وكذا الاختلاف بجنس الثمن مانع للشهادة فاذا قال احد الشهود باعه بخمسمائة قرش ذهباً وقال الثاني فضة ترد شهادتهم لعدم امكان وقوع البيع لواحد بثمنين مختلفين ٠

وكذا الخلاف ببدل الاجارة قبل استيفاء المنفعة فانه مانع لقبول الشهادة لان المؤجر لا يستحق الاجرة قبل استيفاء المنفعة فالقصد من الدعوى به هو اثبات العقد لا اثبات البدل سواء كان المدعي موجراً او مستاجراً واذا كان المأجور قد سلم للمستاجر تقبل الشهادة ولو مختلفة بشرط ان تكون مطابقة للدعوى او اقل منها فاذا ادعى المدعي بعد تسلم المأجور بالف قرش بدل ايجار وشهد احد الشهود بالف والثاني بتسعمائة تقبل شهادتهما ويحكم بالتسعمائة لان القصد من هذه الشهادة هو اثبات الدين لا اثبات العقد ·

وكذلك اختلاف الشهود بمنفعة المأجور كقول احدهم استأجر الدابة لو كربه وقول الثاني للتحميل فانه مانع لقبول الشهادة (هندية) ·

وكذلك اختلاف الشهود ببدل الرهن فانه مانع لقبول الشهادة سواء شهدوا بالاقل او بالاكثر لان قصد الراهن من الدعوى هو اثبات عقد الرهن لا اثبات الدين ولا رفع يد الدائن عن المرهون لان الراهن لا يستحق استرداد المرهون مع بقاء الدين والرهن غير لازم بالنسبة للمرتهن فلا يمكن الزامه فيه · اما اذا كان المدعي هو المرتهن فتكون الدعوي منه كدعوى الدين ولو كانت الدعوى تتضمن الاسترداد مثلاً اذا ادعى المرتهن بان الراهن استدان منه الف قرش ورهن عنده فرساً ثم اخذها بدون وجه شرعي وطلب استردادها فشهد احد الشهود بان مقدار القرض هو الف وشهد الثاني بانه خمسمائة يحكم بالاقل (هندية) ويجب بيان مقدار الدين في الشهادة على الرهن كما يجب بيان مقدار السبب في الشهادة على البيع الا اذا كانت الشهادة تتضمن اقرار البائع بالبيع وقبض الثمن مثلاً ادعى الورثة بان الفرس التي بيد والدتهن لمورثهم وان لهم حصة ارثية فيها فادعت الزوجة بان المورث كان باعها اياها حال حياته بمبلغ كذا قبضه فشهد الشهود على اقرار المتوفي بانه باعها الفرس واستوفى الثمن تقبل شهادتهم ولو لم يذكروا مقدار الثمن ·

ويقصد من عبارة (دعوى العقد) المذكورة في هذه المادة هو الاحتراز من دعوى الدين لان دعوى الدين يثبت فيها الاقل بافادة الشاهدين ·



لاحقة

في حق الشهادة على الشهادة وتتضمن اربعة ابحاث وخاتمة

المبحث الاول

في بيان سبب تجويز الشهادة على الشهادة

الشهادة على الشهادة جوزت استحساناً لان الشهادة على الشاهد هي عبادة بدنية فلا تجري فيها النيابة فالقياس عدم جواز تحميلها وهي ليست بحق المشهود له فلا تجري فيها الخصومة ولا يجبر الشاهد على اداء الشهادة ولان احتمال الكذب في الشهادة على الشهادة اكثر منه في الشهادة لان الكذب محتمل في الشهادة على الشهادة في الاصل وفي الفرع . وبما ان اصل الشهود يمكن ان يعجزوا عن اداء الشهادة بسبب السفر او المرض او يتوفوا فقد جوزت الشهادة على الشهادة استحساناً لضرورة ولان الضرورات تقدر بقدرها .

المبحث الثاني

في بيان شروط الشهادة على الشهادة وجوداً وعدماً

يشترط لقبول الشهادة على الشهادة وجود العذر الذي يمنع الشاهد من الذهاب لمجلس الحاكم وقت اداء الشهادة لان الشهادة فرض على الاصل والفرض لا يسقط الا بالعجز ولان الشهادة على الشهادة جوزت للضرورة والضرورة لا تتحقق الا عند المانع . اما الاعذار فهي :

(١) المرض الذي يمنع الشاهد الاصل من الذهاب لمجلس الحاكم

(٢) مسافة السفر البعيد وهي مسافة السفر المعروفة عند الفقهاء والمسافة التي تمنع الشاهد من الخروج من داره والذهاب الى مجلس الحاكم واداء الشهادة والرجوع الى داره في يوم واحد عند ابي يوسف وعليها الفتوى .

(٣) كون الشاهد الاصل محبوساً من قبل اولي الامر فيما اذا كان الحابس تمنع الشاهد من اداء الشهادة في مجلس الحاكم .

(٤) كون الشاهدة من المخدرات ولو كانت تخرج من دارها للاستحمام وتسوية شئونها ٠

ويشترط لصحة الشهادة على الشهادة ان يحمل الاصل الفرع الشهادة وان يقبلها الفرع او ان يسكت لان التحميل انابة والانابة لا تكون بدون القبول الصريح او الضمني وكما يرد تحميل الشهادة يرد الفرع فان من لم يحمل الشهادة اذا سمع تحميلها من غيره وشهد لا تقبل شهادته ٠ يستثنى من ذلك الشهادة على الشهادة من شاهدين سمعا شهادة الشاهد بحضور الحاكم وشهدا على شهادته فان ذلك جائز لانها في الحقيقة شهادة على مضمون الاعلام ٠ ويشترط على الفرع حين اداء الشهادة ان يذكر بشهادته كون الاصل قد حمله هذه الشهادة وان يقع التحميل بغير الحدود والقصاص لان التحميل يتضمن شبهة البدل والحدود تدرأ بالشبهات ٠

ويشترط ايضاً ان يكون الفرع عن كل اصل نصاب سواء كان الاصل ذكراً او انثى للاجماع ويجب تغاير الاصالة والفرعية فلا يجوز لاحد شاهدي الاصل ان يكون من جملة شهود فرع الشاهد الآخر لانه اذا قبلت هذه الشهادة يكون الشاهد الذي شهد اصالة وفرعاً قد تحمل ثلاثة ارباع الشهادة وهذا لا يجوز ٠

ويشترط ايضاً دوام اهلية شاهد الاصل قبل الاداء ولو بعد التحميل فاذا طرأ العمى او الفسق او الخرس على شاهد الاصل قبل ادائها من الفرع تبطل الشهادة ٠ ولا يشترط تغاير فروع شهادة كل اصل من الشهود بناءً عليه يجوز لشاهدي الفرع ان يحملا الشهادة من شاهدي الاصل لان كل شهادة من شهادة شاهدي الاصل مشهود بها مستقلاً ولا يشترط اتحاد الشهود اصلاً او فرعاً بناءً عليه كما تجوز شهادة الاصل في الدعوى تجوز شهادة الفرع وشهادة شاهد الاصل وشاهدي فرع ٠

واعلم بان الشهادة على الشهادة لا تقيد بدرجة من الدرجات فكما يجوز لشاهد الفرع ان يشهد شهادة تحملها يجوز له تحميل شهادته الى غيره وهكذا ولو تكرر التحميل ولا يكلف شاهد الفرع بمعرفة المشهود عليه انما في مثل هذه الاحوال يجب على المدعي ان يثبت كون المدعى عليه هو نفس المشهود عليه ٠

وتجوز شهادة الابن على شهادة الاب يعني فيجوز ان يكون الاب شاهد اصل والابن شاهد فرع عن ابيه ولا تجوز شهادة الابن على حكم ابيه ٠

المبحث الثالث

في بطلان الشهادة على الشهادة

تبطل الشهادة على الشهادة (١) بمنع شاهد الاصل شاهد الفرع من الشهادة (٢) خروج شاهد الاصل من اهلية الشهادة قبل ادائها من الفرع (٣) قول الاصل انه اخطأ في الشهادة (٤) انكار الاصل الشهادة كقوله لا شهادة لي في هذه الحادثة وموته او غيبوبته (٥) حضور شهود الاصل قبل الحكم بشهادة الفرع ٠

المبحث الرابع

في كيفية تحميل الشهادة على الشهادة وصورة ادائها

يجب على شاهد الاصل ان يقول حين التحميل اشهد ان فلاناً بن فلان بن قد استقرض امامي من فلان بن فلان بن فلان مبلغ كذا فاشهد انت على شهادتي هذه ٠

وكما يجب على شهود الفرع ان يسموا اسماء آباء واجداد شهود الاصل يجب على الحاكم ايضاً ان يزكي شهود الاصل والفرع التزكية السرية والعلنية ٠



الفصل السادس

في بيان تزكية الشهود

اجمع الفقهاء على لزوم تزكية الشهود اذا طعن الخصم بهم واختلفوا بلزوم التزكية وعدم لزومها عند عدم الطعن فقال الامام الاعظم بعدم التزكية وقال الامامان بوجوبها لان القضاء بني على الحجة ولا تقع الحجة الا بشهادة العدول والعدالة قبل السؤال ثابتة بالظاهر وهو لا يصلح للاستحقاق فوجبت صيانة للقضاء عن البطلان واسناد الحكم الى البرهان . وسبب هذا الخلاف هو فساد الاخلاق الذي كان موجوداً في زمن الامامين اكثر منه في زمن الامام الاعظم لذلك فهذا الخلاف هو اختلاف زماني لا برهاني .

مادة ١٧١٦ [اذا شهد الشهود] في حضور الحاكم [سأل الحاكم المشهود عليه بقوله ما تقول في شهادة هذين أهما صادقان ام لا] كي يتحقق سبب الحكم لان المشهود عليه اذا اقر بصدقهما كان سبب الحكم الاقرار واذا انكر صدقهما كان سبب حكمه الشهادة بعد التزكية كما سيتضح ذلك من الفقرات الآتية .

[فان قال المشهود عليه هما عدلان او صادقان في شهادتهما] او احدهما عادل وصادق بشهادته [يكون قد اقر بالمدعى به ويحكم باقراره] لا بالبينة لان البينة تقام ويحكم بها على المنكر لا على المقر واذا اجتمع الاقرار والبينة حكم بالاقرار لان الاقرار وان كان حجة قاصرة الا انه لا يحتاج الى حكم الحاكم ولان كذب الاقرار ممتنع عادة خلافاً للبينة . ويجب لهذا الاقرار ان يقع قبل الشهادة لا بعدها فاذا قال المدعى عليه انا راض بما يشهد به هذان الشاهدان لانهما صادقان بشهادتهما لا يكون قد اقر بالمدعى به ولا يمتنع عليه رد الشهادة وجرحها لان كلامه هذا فيه تعليق لزوم الحق بالشهادة والالزامات لا يصح تعليقها بالشرط . ولان التعديل قبل الشهادة ليس باقرار لامكان تأويل الجرح بعد هذا التعديل اذ ان المشهود عليه يقدر ان يقول كان الشاهد عادلاً ثم تبدل حاله .

[وان قال هما شاهدا زور او هما عدلان ولكن اخطئا في هذه الشهادة او نسيا الواقعة او قال هما عدلان وانكر المدعى به لا يحكم الحاكم ويحقق عدالة الشهود وعدمها سراً وعلناً] لان الشاهد انسان ويمكن صدور النسيان والزهول منه مع العدالة ولا يعزر المشهود عليه لقوله ان الشاهد شاهد زور و يعزر اذا شتم الشاهد او قدح به او ذمه لان قوله هذا وقع بحضور الحاكم على وجه الدعوى .

ولا يكون المدعى عليه اقر بالمدعى به ولو قال ان الشاهدين عادلان خلافاً للتزكية فانه يكفي فيها قول المزكي بان الشاهد عادل لان المدعى عليه بانكاره المدعى به وكذبه صار ظالماً والعدالة لا تكون من ظالم .

قلنا ان التزكية عند عدم الطعن ايضاً شرط عند الامامين خلافاً لابي حنيفة فانه يرى ان ظاهر العدالة يحصل به العذر الواجب للاحتجاج بالشهادة استدلالاً بقوله صلى الله عليه وسلم (المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدوداً في قذف) فلا لزوم عنده للسؤال عن عدالة الشاهد لا من المدعي ولا من سواه لا سراً ولا علانية ما لم يطعن الخصم فيه من نفسه او يكون الحق المشهود به مما يدرأ بالشبهات كالحدود لان الطعن يضعف رجحان الصدق و بالسؤال يتضح الحال كما قلنا ولان الحدود تدرأ بالشبهات . وقال الامامان والشافعي لا بد من السؤال عن عدالة الشهود استدلالاً بقوله (صلعم) (خيركم قرني ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم ثم يفشو الكذب وتكثر الفتن) .

وقد قسمت التزكية الى سرية وعلنية لان كثيراً ما يخاف المزكي الفتنة فلا يقدر على الطعن بالشاهد علناً والتزكية العلنية تنفي تهمة شبهة تعديل غير الشاهد من القاضي لاحتمال ان يكون في قبيلته من يوافق في الاسم .

مادة ١٧١٧ [تزكي الشهود سراً وعلناً من الجانب الذي ينسبون اليه يعني ان كانوا من طلبة العلوم يزكون من مدرس المدرسة التي يسكنون فيها ومن اهاليها المعتمدة وان كانوا من العسكرية فمن ضباط وكتاب طابورهم وان كانوا من الكتبة

فمن ضباط قلمهم والخلفاء رفقائهم وان كانوا من التجار فمن معتبري التجار وان كانوا من الاصناف فمن كتخدائهم ورؤساء لجنتهم وان كانوا من سائر الصنوف فمن معتمد وموئتمن اهالي محلتهم او قريتهم] وكانوا قديماً يقتصرون على تزكية العلن وقد عدلوا عنها في عصر الاربعمائة الى تزكية السر عما عساه يقع من الطعن وعدم التعديل وقد قال محمد بان التزكية العلانية بلاء وفتنة ولا وجه للجمع بين التزكيتين سوى مجرد الاحتياط والتعامل الغير المطرد في جميع الحوادث لان الاخبار عن وجود العدالة نوع من الاخبار عن امور الديانة فيكفي فيه الواحد العدل ولو كان من النساء ولو قيل بتفويض الحاكم ليختار اي الطريقتين انسب على الخصمين والشهود والحادثة والمحيط لكان ذلك النسب. اما كون المزكي من الجهة المنسوب اليها الشاهد فلأن ذلك اقرب الطرق للوصول لحقيقة حالهم وهذا مقيد بعدم وجود عداوة بين الشاهد والمزكي ويشترط في المزكي ان يكون كثير الاختلاط بالناس ، عدلاً ، عالماً بمواضع الجرح والتعديل من الاوصاف والخصال وليس فقيراً وطماعاً وقال بعضهم يجب ان يكون خارجاً عن الشاهدين لان تزكية احدهما الآخر فيه تهمة التوسل لجعل شهادة المزكي مقبولة . وتجوز التزكية من المرأة الكثيرة الاختلاط لان التزكية من الامور الدينية ولا فرق فيها بين الرجل والمرأة واذا كان الشاهد غريباً يسأله الحاكم عمن يعرفه في المدينة ويزكى منه ان كان معروفاً بالعدالة .

ويجوز للحاكم ان يزكي الشهود من مزك واحد استثناءً اذا اتفق المدعي والمدعى عليه على تزكية الشاهد منه لان اشتراط العدد في التزكية تكون عند عدم رضاء المتداعيين اما وقد رضيا زال اشتراط العدد .

مادة ١٧١٨ [التزكية في السر تجري بورقة يعبر عنها بالمستورة في اصطلاح الفقهاء وهو ان يكتب الحاكم في تلك الورقة اسم المدعي والمدعى عليه واسماء الشهود وشهرتهم وصنعتهم واشكالهم ومحلاتهم واسماء آبائهم واجدادهم وان يحرر اسمائهم وشهرتهم فقط ان كانوا مشهورين والحاصل ان يعرفهم ويبينهم بوجه يميزون به عن

غيرهم وبعد وضعها في ظرف والختم عليه يرسلها الى الذين انتخبوا للتزكية ثم عند ورودها يفتحها المزكون ويقرأونها فان كانت الشهود المحررة اسماؤهم فيها عدولاً كتبوا تحت اسم كل واحد منهم عدل ومقبول الشهادة وان لم يكونوا عدولاً كتبوا ليسوا بعدول وامضوا بدون ان يوقفوا على مضمونها من اتى بالمستورة ولا غيره وختموا فوق الظرف واعادوها الى الحاكم] · وقد سميت مستورة لانها تستر عن اعين الناس وقد احدثها القاضي شريح الذي اشتهر بعدالته واصابة رأيه في الحكم ·

وتعرف العدالة بغلبة الحسنات على السيئات في المسلم وفي الذمي بأمانته على دينه ولسانه ويده لان الذمي اذا اتصف بهذه الصفات لا يكذب · وقول المادة (كتبوا تحت اسم كل واحد منهم عدل ومقبول الشهادة) اصرح عبارة في التزكية اما لو كتب المزكي هو عدل بدون التصريح بكونه مقبول الشهادة فقال فريق بانه تعديل وقال فريق آخر لا يعد تعديلاً لان الشاهد قد يكون عدلاً ولا تقبل شهادته كالمحدود بالقذف بعد التوبة والعبد اما لو قال هو مقبول الشهادة فقط بدون التصريح بالعدل فقد وقع التردد بالتزكية فاذا كان المزكي ممن يعلم اوصاف مقبول الشهادة كان تعديلاً والا فلا ·

مادة ١٧١٩ [اذا اعيدت المستورة مختومة الى الحاكم ولم يكتب فيها من قبل المزكين في حق الشهود انهم عدول ومقبولوا الشهادة بل كتبوا كلاماً يفيد الجرح صراحة او دلالة بان كتبوا فيها ليسوا بعدول او لم نعلم بحالهم او مجهولوا الاحوال او الله اعلم او لم يكتبوا شيئاً فحينئذ لا يقبل الحاكم شهادتهم] ولا يزكيهم بالعلانية لعدم الفائدة من التزكية الثانية بعد الجرح صراحة او دلالة ولا يحكم بكون الشاهد شاهد زور بناءً على عدم التزكية ولا يعزر · وقد اعتبر السكوت جرح لان المزكي لو كان يعلم عدالة الشاهد لزكاه · وعلى المزكي ان لا يكتب في المستورة ما يوجب هتك عرض الشاهد ولو كان يعلم عدم عدالته ويمكنه ان يكتفي باعادة المستورة بيضاء او ان يقول فيها الله اعلم باحواله وقد ورد في

القرآن الكريم ان الذين يحبون ان تشيع الفاحشة في الذين آمنوا لهم عذاب اليم) و (ويل لكل همزة لمزه) .

وفي الهندية يجوز للمدعي ان يطلب من الحاكم تزكية شهوده من غير المزكين بداعي انهم لا يعرفون احوالهم وللحاكم ان يعرض اسمائهم على من يقول من الثقاة فان زكوهم استفسر من الجارحين فان ابانوا سبباً يوجب الجرح ردت شهادة الشهود لان الجرح المعلوم السبب مقدم على التعديل وان ابانوا سبباً لا يصلح له قبل شهادتهم . انما هذا الرأي لا يمكن الاعتماد عليه على ما ارى لان المانع والمقتضي اذا اجتمعا يرجح المانع في كل الاحوال ولان العادة جرت في جميع المحاكم عدم التزكية بعد الجرح ولورود هذه المادة مطلقة بالجرح والمطلق يجري على اطلاقه .

[وان كان كتب فيها عدول ومقبولوا الشهادة يبادر الحاكم في المرتبة الثانية الى التزكية علناً] .

وفي الهندية اذا كان المزكي يعلم عدالة الشاهد وبطلان الدعوى يكتب ذلك في ذيل المستورة وعلى الحاكم ان يحقق فيما كتب واذا وجده حقاً رد الشهادة والا قبلها .

مادة ١٧٢٠ [التزكية علناً تجري بالوجه الآتي وهو ان يجلب المزكون الى حضور الحاكم حال كون المترافعين حاضرين وتزكي الشهود او ترسل الشهود والمترافعون مع نائب التزكية الى محل المزكين وتزكي الشهود علناً] ويقبل نائب التزكية ان كان واحداً عند الشيخين ولا بد من النصاب عند الامام الثالث انما يفهم من اطلاق هذه المادة انها قبلت قولها .

وفي التكملة يجوز لمزكي السر ان يزكي بالعلانية خلافاً للخصاف فانه قال بوجوب اجراء التزكية العلانية من غير مزكي السر . ويجب على المزكي ان يكون واقفاً على احوال الشاهد تمام الوقوف وفي رواية عن الامام الثالث انه قال لا اقدر على تزكية جميع من عرفتهم . فيجب للتزكية ان تكون الشهادة لدى الحاكم وان يكون المزكي قد عامل الشاهد بالدرهم والدينار وعرفه في السفر والحضر وان يكون مؤدياً للامانة وصدوق اللسان ومجتنباً للكبائر ويجب

على الحاكم ان يختار للتزكية من اشتهروا بالمتانة في الدين والامانة والصدق والجرأة على قول الحق من دون خجل ولا وجل .

مادة ١٧٢١ [ينبغي ان يكون المزكي في التزكية سراً اثنين رعاية الاحتياط وان كان كافياً فيها مزك واحد] عند الشيخين ومالك لان التزكية من باب الاخبار في علم الاصول والخبر اذا كان متعلقاً بحقوق الله يكفي فيه الواحد العدل ولو كان امرأة او مردود الشهادة بحد في قذف او عبداً درر . وتقبل تزكية من لا تقبل شهادته فتقبل تزكية الاصول والفروع والصبي المميز والاعمى واحد الزوجين للزوج الآخر سراً . ولا يشترط في التزكية السرية لفظ الشهادة ومجلس القاضي اما الامام الثالث والشافعي واحمد — باحدى روايتيه — فقد قالوا بلزوم التزكية السرية من اثنين .

مادة ١٧٢٢ [التزكية العلنية من قبيل الشهادة ويعتبر فيها شروط الشهادة ونصابها ولكن لا يلزم المزكين ذكر لفظ الشهادة] لان صحة الشهادة تبتنى على التزكية ولذلك يشترط فيها شروطها ويجب ان يكون المزكي بالعلانية عدلاً بالغاً عاقلاً حراً بصيراً وغير محدود بقذف .

مادة ١٧٢٣ [لا يشتغل الحاكم بتزكية الشهود الثابتة عدالتهم في ضمن خصوص عنده اذا شهدوا بخصوص آخر في حضور ذلك الحاكم ان لم يمض عليها ستة اشهر] عند ابي يوسف [وان كان مضى عليها ستة اشهر زكاهم الحاكم مرة اخرى] لان العدالة من الملكات الراسخة كالعلم والشجاعة والكرم فلا تزول ولا تنقلب لاضدادها حالاً لذلك ارى ان الستة اشهر لا تكفي لزوال عدالة الشهود على نحو ما ورد في هذه المادة .

مادة ١٧٢٤ [اذا طعن المشهود عليه قبل التزكية او بعدها في الشهود باسناد شيء مانع لقبول الشهادة كدفع مغرم او جر مغنم طلب منه الحاكم البينة على ذلك فان اثبت المشهود عليه هذا بالبينة رد الحاكم شهادة اولئك الشهود وان لم يثبت

زكاهم الحاكم ان كان لم يزكهم وحكم بموجب شهادتهم ان كان قد زكاهم] .
وينقسم الطعن الى قسمين الاول ما يوجب التهمة ولا ينفي العدالة وهو ما ذكرته المجلة في هذه المادة والثاني ما يسمى جرحاً وينقسم ايضاً الى قسمين الاول ما يتضمن التجاوز على حق معين من حقوق الله كقوله ان الشاهد قتل نفساً معصومة عمداً او انه سرق المقدار المعين لي من مالي او انه محدود في قذف والثاني ما يتضمن التجاوز على حق العبد كأن يقول المشهود عليه ان المشهود له استأجر الشهود على مال اعطاه من وديعة هي كذا اودعتها عنده اى كل ما يلحقه حكم الحاكم من الطعن يعتبر طعناً ونقام عليه البينة كقول المشهود عليه ان الشاهد فاسق او آكل الربى او انه شاهد زور او مستأجر لهذه الشهادة .

ويكلف المشهود عليه لاثبات طعنه بحق الشهود الا اذا قال بان الشاهد عبد رقيق فيكلف المشهود له لاثبات حريته .

واذا عجز المشهود عليه عن اثبات مدعاه فله تحليف الشهود في بعض المواضع وليس له تحليفهم في المواضع الاخرى مثلاً اذا ادعى المشهود عليه بان الشهود كانوا اقروا بملكيته للمدعى به ولم يثبت طعنه ودفعه هذا لا يحلف الشهود اليمين وليس له تحليف المشهود له اليمين عند عدم اثبات الطعن على ما يفهم من اطلاق هذه المادة .

ويفهم من كاف التشبيه الواردة في هذه المادة ان الطعن لا ينحصر بجر المغنم ودفع المغرم كما اوضحنا فلو قال المشهود عليه ان الشاهد هذا كان ادعى ملكية المدعي به لنفسه او ساومني او ساوم فلاناً عليه او اقر بان المال المدعى به لفلان اولى او طعن بالشاهد بتعيين جرم او فعل خاص كما مر ذكر ذلك مفصلاً .

مادة ١٧٢٥ [اذا عدل بعض المزكين الشهود وجرحهم بعضهم يرجح طرف الجرح فلا يحكم الحاكم بشهادة اولئك الشهود] واذا جرحهم واحد وعدلهم اثنان فالتعديل راجح لان خبر الجرح والتعديل متى تساويا رجح الجرح بكونه اثباتاً لما يمكن حدوثه بعد وجود العدالة والجرح اثبات لخلاف الظاهر .

مادة ١٧٢٦ [اذا مات الشهود او غابوا بعد الشهادة في المعاملات فللحاكم ان يزكيهم ويحكم بشهادتهم] اما في الحد والقصاص فان الحكم يتوقف على حضور شهود عساهم يعترفون بالخطأ بشهادتهم عند معاينة خطر العقوبة . (وقوله للحاكم ان يزكيهم) اي يزكي الشهود في المعاملات اذا كانوا باقين على اهلية الشهادة فلو عميا او خرسا تبتدأ المحاكمة من جديد لوجود مانع القبول قبل الحكم .

﴿ تذنيب ﴾

في تحليف الشهود

اجمع الفقهاء على عدم تحليف الشاهد اليمين في المعاملات المدنية الا ابن ابي ليلى فانه قال بتحليف الشاهد لان الشاهد اذا كان مستوراو مجهول الحال وزكي من مزك مجهول الاحوال ايضاً غمض حاله على الحاكم وصار لا يثق بشهادته ولذلك يصار الى تحليفه خلافاً لمن قالوا بعدم التحليف فانهم قالوا بان لفظ الشهادة يمين على ما ورد في المادة ١٦٨٩ من المجلة .

مادة ١٧٢٧ [اذا الح المشهود عليه على الحاكم بتحليف الشهود بانهم لم يكونوا في شهادتهم كاذبين وكان هناك لزوم لتقوية الشهادة باليمين فللحاكم ان يحلف الشهود وله ان يقول لهم ان حلفتم قبلت شهادتكم والا فلا] .

قلنا ان تحليف الشهود هو قول ابن ابي ليلى وهذا الفرع ضعيف عند السادة الحنفية الذين يرون ان حديث (اليمين على من انكر) دال على اختصاص اليمين بالمدعى عليهم لا يشاركهم فيه غيرهم وقد احدث المتأخرون هذا الفرع لان الكثير من الشهود لا يطمئن القلب لما يقع من تعديلهم وان علي بن ابي طالب كان يحلف من يرتاب في شهادتهم بدون طلب من الخصوم .



الفصل السابع
في رجوع الشهود عن الشهادة

شهادة الزور حرام بجميع الاديان ومن الكبائر ومعادلة للشرك بالله تعالى وقد ورد في الحديث (ايها الناس عدلت شهادة الزور الاشراك بالله تعالى) وقد تلى الرسول عليه الصلاة والسلام آية فاجتنبوا الرجس من الاوثان واجتنبوا قول الزور . وقد ورد في الحديث ايضاً (الا انبئكم باكبر الكبائر ثلاثاً قالوا بلى يا رسول الله قال الاشراك بالله وعقوق الوالدين وجلس وكان متكئاً فقال الا وقول الزور وما زال يكررها حتى قلنا ليته سكت) وقال ايضاً (كشاهد بالزور لا يرفع قدميه من مكانها حتى تلعنه ملائكة السموات والارض .

واذا شهد الشهود شهادة زور يعزروا وتثبت شهادة الزور بالبينة على اقرار الشاهد بانه شهد زوراً والاقرار ولو كان حكمياً كظهور من شهد الشهود بوفاته حياً او ظهور الشجرة التي شهدوا بقطعها غير مقطوعة . ويشهر الشاهد بالاسواق المزدحمة اذا كان من التجار وفي المحلات المزدحمة اذا كان من افراد الناس بالنداء عليه بانه شهد زوراً . ولا يمكن اثبات شهادة الزور بالشهادة لعدم امكان ايجاد طريق لاجل ذلك .

ولا يعزر الشاهد اذا خالف بشهادته دعوى المدعي او خالف شهادة الشاهد الآخر لعدم امكان معرفة الخطأ اذا كان حصل في الدعوى او في الشهادة او في احدى الشهادتين . ولا تقبل شهادة شاهد الزور بغير الحادثة التي عزر من اجلها الا اذا تاب .

واعلم بان ركن شهادة الزور رجوع الشاهد عن الشهادة بقوله شهدت زوراً او كنت كاذباً بشهادتي ولا يثبت برجوع الشاهد عن شهادته . وشرطها وقوعها في مجلس الحاكم . ومحاسنها ان الرجوع سبب للخلاص من عذاب اليم .

مادة ١٧٢٨ [اذا رجع الشهود عن شهادتهم بعد اداء الشهادة وقبل الحكم في حضور الحاكم فتكون شهادتهم في حكم العدم كأن لم تكن ويعزرون] .

ولا فرق بين ان يكون رجوع الشاهد عن جميع الشهادة او عن بعضها لان صدق الخبر يرتفع بالرجوع للتناقض ولا يقال بان الشاهد يضمن للمدعي قيمة ما تلف عليه برجوعه في بعض الشهادة لان الشهادة تقوم حجة تامة حينما يتصل بها القضاء وقد ابطلها الرجوع قبل الاتصال بالقضاء ٠ ولا بد من الرجوع في حضور الحاكم على نحو ما ورد في هذه المادة لان الرجوع في غير حضور الحاكم ضرب من العبث واللغو والرجوع ما شرط لاصله وهو الاداء ٠ ويعزر الشاهد بالرجوع اذا لم يتب اما اذا تاب فلا يعزر ٠

مادة ١٧٢٩ [اذا رجع الشهود عن شهادتهم بعد الحكم في حضور الحاكم فلا ينقض حكم الحاكم و يضمن الشهود المحكوم به] عند الامام الاعظم وكذلك المزكي ٠ وقال الامامان لا ضمان على المزكين اذا رجعوا عن التزكية لانهم انما اتوا خبراء على الشهود وقال ابو حنيفة ان التزكية علة في تأثير الشهادة في اثبات المشهود به فتعلق بها الحكم المذكور كنفس العلة ٠ وقد اعتبر رجوع الشهود عن الشهادة موجباً لتضمينهم لان رجوعهم وان لم يكن حجة على الغير وهو المحكوم له والقاضي غير انه يكون حجة على الراجعين انفسهم امام المحكوم عليه و يكون اقراراً منهم بمثل المحكوم به للمحكوم عليه ٠ واذا رجع الشهود عن الشهادة بما ليس مالاً كما لو شهدوا بان فلانة زوجة فلان ثم رجعوا عن الشهادة بعد الحكم فلا ينقض الحكم ولا يضمنون شيئاً من المهر فيما لو شهدوا باقل من مهر المثل وكذلك لو شهدوا بعفو القصاص من وليه و بعد الحكم ونقل العقوبة الى الدية رجعوا عن شهادتهم لا يضمنون شيئاً وكذا لا يضمن الشهود اذا شهدوا بان زيداً مديون لعمرو بالف في مقابلة رهن مقبوض بيد الدائن مساوٍ للدين ورجعوا عن الشهادة و يضمنوا ما زاد من الدين عن قيمة الرهن التالف بيد المرتهن ٠ اما لو عرض غير الرجوع سبب موجب لتلف المال المحكوم به فلا ضمان على الراجعين كما لو شهدوا بابراء زيد عمرواً من دينه عليه و بعد الحكم بذلك توفي عمرو مفلساً ثم رجع الشهود عن شهادتهم لان الافلاس كاف في سقوط المطالبة ولو لم يحكم بالبراءة منها لان المعلول بعلتين متعاقبتين يضاف في احكام الحوادث المدنية الى المتأخرة منهما وهذا التعليل جار برجوع الشهود عن شهادتهم ببنوة رجل لآخر اذا مات الاب بعد الحكم وقبل الرجوع لان الميراث مضاف بالعلة القريبة الى الوفاة و بالعلة البعيدة للبنوة ٠

ويشترط لتضمين الشهود رجوعهم عن شهادتهم الاولى في حضور الحاكم فاذا رجعوا بغير حضور الحاكم لا يضمنون شيئًا ولا ينقض حكم الحاكم لان الكلام المتناقض لا ينقض الحكم وحيث يشترط لفظ الشهادة بالرجوع فلا يعتبر الرجوع موجبًا لابطال الحكم والشهادة ·

يستثنى من حكم هذه المادة القصاص فاذا شهد الشهود بالقتل عمداً ورجعوا عن شهادتهم بعد الحكم لا ينفذ ويضمن الشهود مثل ما شهدوا به اذا كان مثليًا او قيمته اذا كان قيميًا واذا كان المحكوم به قصاصاً يضمن الشهود الدية · ويضمن الشهود قيمة ما شهدوا به يوم القضاء لان اتلاف المال حصل بالحكم والقضاء ·

واذا شهد الشهود بدين ورجعوا عن شهادتهم بعد الحكم وفي مرض الموت يؤخذ المبلغ من تركتهم واذا كانت غريمة ترجح بها ديون الصحة ·

واذا كان المشهود به هبة بان شهدا الشهود بالهبة والتسليم ثم رجعوا عن شهادتهم بعد الحكم يضمنون قيمة المال الذي شهدوا بهبته ولا يعتبر حق رجوع الواهب في هبته مانعًا للتضمين واذا ضمن الشهود قيمة الموهوب يمتنع على المشهود عليه الرجوع بالهبة لانه اخذ عوضاً عنها ويتعذر رجوع الشهود بالهبة لانهم ليسوا بواهبين ·

واذا شهد الشهود بدين موجل او معجل ورجعوا عن شهادتهم بوصف التعجيل والتأجيل او ببعضه يضمنون ما شهدوا به حالاً اذا شهدوا بالدين المعجل او بعد حلول الاجل الذي عينوه بشهادتهم ·

مادة ١٧٣٠ [اذا رجع بعض الشهود على الوجه المذكور انفًا فان كان باقيهم بالغًا نصاب الشهادة لا يلزم الضمان ممن رجع ولكن يعزر وان لم يكن الباقي بالغًا نصاب الشهادة يضمن الذي رجع مستقلاً نصف المحكوم به ان كان واحداً وان كانوا ازيد يضمنون النصف سوية بالاشتراك] ·

وجه الفقرة الاولى ان الراجع عن الشهادة لا تأثير لاكذابه نفسه على بقاء رجحان الصدق في قول الباقين البالغين نصاباً · ووجه الفقرة الثانية هو ان الضمان يوزع على من رجع باعتبار عدد من بقي على الشهادة بالنصف اذا كان رجلاً وبالربع اذا كان امرأة وتوزيع النصف الباقي او

الثلاثة ارباع على من رجع من الشهود نساءً ورجالاً للذكر مثل حظ الانثيين سواء رجع الشهود دفعة واحدة او رجعوا على التعاقب والانفراد · واذا كان الشهود ثلاثة ورجع اثنان منهم على التعاقب بعد الشهادة والحكم يضمنان ثلثا المشهود به سوية بينهما ولا يقال بان الذي رجع اولاً عن شهادته لا يضمن شيئاً لان الشاهدين الباقيين على الشهادة نصاب ولان المتلف يضاف الى المجموع ولم يظهر اثر الضمان برجوع الشاهد الاول لسبب المانع وهو النصاب الباقي اما وقد زال المانع عاد الممنوع ·

واذا كان الشهود رجل وعشرة نسوة فرجعوا عن شهادتهم يضمن الرجل سدس المشهود به والنسوة خمسة اسداسه عند الامام الاعظم ويضمن الرجل النصف والنسوة النصف الآخر عند الامامين ·

واذا كان الشهود رجلان وامرأة واحدة ورجعوا عن الشهادة فالضمان على الرجلين فقط لان الامرأة ليست بنصاب والحكم لا يضاف الى بعض العلة · واذا كان الشهود رجلاً وثلاثة نسوة ورجعوا عن الشهادة بعد الحكم يضمن الرجل خمس قيمة المشهود به والنسوة الثلاث يضمنن الثلاثة اخماس عند الامام الاعظم ويوزع الضمان بينهم مناصفة عند الامامين واذا رجع الرجل واحدي النسوة فقط يضمنان النصف بينهما اثلاثاً عند الامام الاعظم ويضمن النصف الرجل فقط عند الامامين ·

اذا رجع شهود الفروع بعد الحكم عن شهادتهم فالضمان عليهم فقط دون شهود الاصل واذا رجع شهود الاصل فلا ضمان عليهما ولا على شهود الفرع وقد افتى الامام الثالث بخيار المشهود له ان شاء ضمن الاصول وان شاء ضمن الفروع · واذا رجع شهود الاصل والفرع عن الشهادة فالضمان على شهود الفرع لانهم مباشرون والحكم يضاف الى المباشر · واذا شهد شهود الفرع بالدعوى وقالوا بعد الحكم بان شهود الاصل اخطأوا بشهادتهم لا يعتبر قولهم هذا رجوعاً عن الشهادة ولا يضمنون شيئاً ·

مادة ١٧٣١ [يشترط ان يكون رجوع الشهود في حضور الحاكم ولا اعتبار لرجوعهم اذا كان في محل آخر فلا تسمع دعواه واذا شهدوا في حضور حاكم ثم رجعوا بعد ذلك في حضور حاكم آخر فيعتبر رجوعهم] ·

وقد اشترط كون الرجوع في حضور الحاكم لان الرجوع عن الشهادة شهادة وكما ان الشهادة يجب وقوعها في حضور الحاكم فالرجوع ايضاً يجب ان يكون في حضور الحاكم . اما وجه الفقرة الثانية هو انه لو ادعى المشهود عليه رجوع الشهود عند حاكم البلدة الذي كان قد حكم بشهادتهم حاكم بلدة اخري بضمان المال الذي شهدوا به تسمع دعواه والا فلا .

* * *

الفصل الثامن

في التواتر

مادة ١٧٣٢ [لا اعتبار لكثرة الشهود يعني لا يلزم ترجيح شهود احد الطرفين لكثرتهم بالنسبة الى شهود الطرف الآخر الا ان تكون كثرتهم قد بلغت حد التواتر]

اي ان كثرة افراد الشهود في الدعوى لا تكون سبباً لرجحان بينة على اخرى الا اذا بلغت تلك الكثرة حد التواتر لان البينة لا تفيد ما فوق الظن اما التواتر فانه يفيد اليقين والقياس لا يرجح على غيره بانضمام قياس آخر وصاحب الجراحات الكثيرة لا يتفوق في الحكم على صاحب الجراحات القليلة والشفعة تقسم على عدد رؤوس الشفعاء لا على مقدار سهامهم .

مادة ١٧٣٣ [التواتر يفيد علم اليقين بناءً عليه لا تقام البينة بخلاف التواتر كما ذكر آنفاً] .

لان ما يدركه الشخص الواحد من الحوادث وان كان قطعياً غير ان احتمال عدم الصدق يلحق هذا الادراك وعند اتفاق الجماعة الكثيرة على حكاية ذلك فينقطع احتمال عدم الصدق الثابت في الخبر الغير المتواتر باحتمال النسيان او الخطأ او الذهول او تعمد الكذب ولا يصح عروض واحد من هذه الاعراض لافراد كثيرة مجتمعة دفعة واحدة .

ولا يشترط في افراد خبر التواتر الاسلام والبلوغ والذكورة والحرية .

واعلم بان المتواترات من اليقينيات واليقينيات ستة :

الاول : الاوليات و يقال لها البديهيات كقولنا الكل اعظم من الجزؤ ٠

الثاني : المشاهدات الباطنية كالجوع والعطش والألم فانها لا تتوقف على العقل وتشارك البهائم بها الانسان ٠

الثالث : المجربات كالخمر فانه مسكر والمسهل موجب الاسهال ٠

الرابع : المتواترات كاقرارنا بالانبياء والبلدان والامصار مع اننا لم نرها ٠

الخامس : الحدثيات كقولنا نور القمر مستفاد من الشمس ٠

السادس : المحسوسات وهي الاشياء التي تظهر بالحس وتحصل بالمشاهدة كقولك النار حارة والشمس مضيئة ٠

واذا قيل بان التواتر مركب من الافراد وخبر الفرد يحتمل الصدق والكذب والمجموع لا يفيد غير ما يفيده الفرد قلنا ان حكم المجموع يخالف حكم الافراد كالجيش فانه يفعل فعلاً لا يفعله افراده والحبل فانه يقوم بسحب الاحمال والسفن والبواخر على ان ما تركب به لا يكفي لجر ما يصيبه من المجموع ٠

مادة ١٧٣٤ [كما لا يشترط لفظ الشهادة في التواتر كذلك لا تتحري العدالة بناءً عليه لا حاجة الى تزكية المخبرين] ولو طعن بهم الخصم وذكر فسقهم ٠ و يقبل خبر التواتر من المسلم وغير المسلم حتى ان الحربيين اذا اخبروا بوفاة ملكهم على طريق التواتر يقبل اخبارهم ٠

مادة ١٧٣٥ [ليس في التواتر عدد معين للمخبرين ولكن يلزم ان يكون جماً غفيراً لا يجوز العقل اتفاقهم على الكذب] اذا الاستقراء العقلي قد دل دلالة عامة اشتراك في العلم بمضمونها جميع الطبقات على ان حصول اليقين بصدق الخبر فيجب والحالة هذه صدور الخبر من جماعة لا يحصرون في عدد معين لا يزداد ولا ينقص عنه وان لا يجوز العقل اتفاقهم على الكذب عمداً او سهواً وان يكون تأثير الخبر على الحواس فلا يقع التواتر في المعلومات النظرية التي طريق حصولها النظر والاستدلال وان يكون الحادث ممكن الوقوع

لا مستحيلاً الا ان جهل الحكام قد سبب لصدور قرار من الفتوى في المشيخة الاسلامية بلزوم اعتبار التواتر عشرين عدداً فما فوق ·

ولا يسعنا الا ان نقول ان خبر التواتر صار في الايام الاخيرة مستنداً لكل مبطل بدعواه حيث يجمعه من ارازل الناس ويثبت به النفي والاثبات على ما رأينا وكنا نرى في الحوادث اليومية ومن قائل ان السلطان عبد الحميد كان منعه والمنع جاء موافقاً لروح العصر والزمن ومنهم من قال ان علة المنع هي منع اجتماع الناس وخبر التواتر يقضي حتماً بلزوم الاجتماع على ان الحكومة العثمانية قد اجازت سماعه في الايام الاخيرة وعاد الناس الى شكواهم وبلواهم وقد اصدرت المفوضية الافرنسية في بيروت اخيراً قراراً مؤداه الغاء خبر التواتر ومنع المحاكم من سماعه وعندي انه قرار يوافق الحاجات الزمانية والمكانية انما كان على المفوضية ان تنظر ايضاً لماطلة صاحب البينة الراجحة لما يريد اقامة بينة زوراً وبغير حق فتقييده من جهة المدة ضغطاً للحق والعدل والله الملهم للصواب ·



الباب الثاني

في بيان الحجج الخطية والقرينة القاطعة و ينقسم الى فصلين

الفصل الاول

في الحجج الخطية

مادة ١٧٣٦ [لا يعمل بالخط والختم فقط] لان الخط يشبه الخط والخاتم يشبه الخاتم [ولكن اذا كان سالماً من شبهة التزوير والتصنيع فيكون معمولاً به يعني يكون مداراً للحكم لا يحتاج الى الثبوت بوجه آخر] .

ان الثابت بالخط والخاتم اما ان يكون اقراراً او شهادة او حكماً ففي الوجوه الثلاثة يعمل بالخط والخاتم اذا كانا سالمين من شبهة التصنيع والتزوير بالاجماع والا لا يعمل بموجبهما لا منفردين ولا مجتمعين لجواز نسبة الخط لغير من كتبه كما وقع في كتاب مروان الذي نسبه لعثمان رضي الله عنه او النقاط الخاتم من صاحبه والختم به كما وقع بقصة مروان ايضاً . بناءً عليه لا يعمل بكتاب القاضي الى القاضي الا اذا ثبت مضمونه — او كان موقعاً بالامضاء المعروف عند القاضي المخاطب — ولا يعمل بمجرد كتاب الوقف الا اذا ثبت مضمونه بالشهود المعتبرة (راجع المادة ١٧٣٩) .

مادة ١٧٣٧ [البراآت السلطانية وقيود الدفاتر الخاقانية لكونها امينة من التزوير معمول بها] . اي المحفوظ على تلك البراآت بديوان الحكومة الخاص وهي قيود الارادات السنية سواء تعلقت بالعامة كالارادات المتعلقة بمرور الزمان او تعلقت بالامور الخاصة كالاقطاعات وتعيين الخطباء واصحاب الوظائف الوقفية فهذه البراآت يعمل بمضمونها بدون بينة لعدم امكان تزويرها .

وكذلك قيود الدفاتر الخاقانية التي نظمت بكمال الدقة في ايام السلاطين العثمانية لا سيما السلطان سليمان القانوني والسلطان مراد الثالث المسجل فيها انواع اراضي البلاد العثمانية من مراعي واقطاعات ومزارع موقوفة وغير موقوفة وما يطرأ عليها من التبديل كجعل بعضها وقفاً مجدداً او ارصاده وقد بلغ عددها تسعمائة وسبعين دفتراً وضعت بعد تنظيمها في مخزن خاص موضد بابواب اربعة من الحديد مختوم على كل منها ولهذا المخزن مأمور امين يقيد ما يتجدد من الاوامر في الدفاتر المذكورة ويحكم بموجب هذه القيود بدون بينة لسلامتها من شائبة التصنيع كما مر ٠

اما الدفاتر الموجودة بدوائر التمليك فانها وان كانت لا يمكن اعتبارها كدليل قطعي لعدم امكان حفظها سالمة من شوائب التصنيع والتزوير كما تحفظ القيود المبحوث عنها في هذه المادة الا ان قانون تصرف الاموال غير المنقولة الذي مرّ ذكره اكثر من مرة في كتابنا امر باعتبار اسناد الطابو وقيودها لدى جميع المحاكم والدوائر انما يجدر بنا ان لا نعتبر ان صراحة هذا القانون ادت بنا الى اعتبار تلك القيود والسندات كهذه الدفاتر لما بين ذلك من الفرق الظاهر ولامكان عدم اعتبار القيود الجديدة والاسناد اذا ثبت تزويرها وعدم امكان اعتبار ذلك في الدفاتر القديمة المذكورة ٠

مادة ١٧٣٨ [يعمل ايضاً بسجلات المحاكم اذا كانت قد ضبطت سالمة عن الفساد والحيلة على الوجه الذي يذكر في كتاب القضاء] فاذا لم تتوفر السلامة في تلك السجلات وحصل فيها زيادة او نقصان وحذف او تبديل او الحاق او علاوة فيحتاج الى اثبات مضمونها بالشهود وكذلك مضمون ما استنسخ عنها على ان احكام هذه السجلات والضبوط وامكان اعتبارها صار مقيداً بالتعليمات السنية المؤرخة سنة ١٢٩٦ والتي سنبحث عنها في آخر كتاب القضاء ٠

مادة ١٧٣٩ [لا يعمل بالوقفية فقط ولكن اذا كانت مقيدة في سجل المحكمة الموثوق به والمعتمد عليه فيكون معمولاً بها على هذا الحال] (٠)

---

(٠) راجع قانون اصول المحاكمات الشرعية ٠

لان الوقفية لا تخلوا من شبهة التصنيع والتزوير لامكان تقليد الخط وتزوير الامضاء والخاتم اما اذا كانت مسجلة في سجل المحكمة المتوفرة فيه الاوصاف فتثبت بها الدعوى بدون حاجة لاثباتها من طريق آخر ·

* * *

الفصل الثاني

في القرينة القاطعة

مادة ١٧٤٠ [احد اسباب الحكم القرينة القاطعة ايضاً] ·

اسباب الحكم هي القرينة القاطعة والشهادة والاقرار واليمين والنكول والقسامة وعلى قول علم القاضي · فالقرينة القاطعة سيبحث عنها في المادة ١٧٤١ والبينة بحث عنها في اول هذا الكتاب والاقرار ذكر في كتاب الاقرار وكذلك اليمين والنكول عن اليمين سيبحث عنهما ولم يبق الا القسامة وعلم القاضي · فالقسامة هي عبارة عن تحليف خمسين شخص من اهالي المحل الذي وجد به القتيل بعد تحقق اسبابها وشروطها مثلاً اذا وجد المقتول في قرية انكر اهلها القتل فيختار ولي القتيل خمسين رجلاً من القرية ويحلفهم اليمين واحداً واحد على انهم لم يقتلوه ولم يعرفوا القاتل فاذا حلفوا جميعهم وجبت الدية على اهل تلك القرية جميعاً ويحكم عليهم بها واذا نكل احدهم عن الحلف ينظر فاذا كان ولي القتيل يدعي عليهم قتلاً يوجب القصاص يحبس الناكل عن اليمين الى ان يقر ولا يحكم عليه بالدية واذا كان ما يدعيه المدعي هو القتل الذي يستوجب الدية فقط يحكم على الناكل عن حلف اليمين بمجموع الدية · اما علم القاضي فهو من اسباب الحكم عند بعض الفقهاء لان القصد من الشهادة هو معرفة الحق فاذا كان الحاكم اميناً فعلمه يعتبر عندهم اقوى من الشهادة · الا ان فساد الزمان اوجب عدم اعتبار علم القاضي لما هنالك من التهمة وسوء الظن لا سيما في زماننا ·

مادة ١٧٤١ [القرينة القاطعة هي الامارة البالغة حد اليقين · مثلاً اذا خرج

احد من دار خالية خائفاً مدهوشاً وفي يده سكين ملوثة بالدم فدخل الى الدار ورؤي فيها شخص مذبوح في ذلك الوقت فلا يشتبه في كونه قاتل ذلك الشخص ولا يلتفت الى الاحتمالات الوهمية الصرفة كأن يكون الشخص المذكور قتل نفسه

راجع مادة ٧٤] . وكذلك حفظ الملتقط اللقطة بدون ان يخلطها بغيرها من الاموال دليل على نية اعادتها لصاحبها وكذلك الحكم باللقطة لمدعيها اذا كان يعينها ويوصفها والحكم بنصاب الشهادة .

وقد مثلت هذه المادة مثالاً للقرينة القاطعة في العقوبات وقد وقع نظير هذه المسئلة في خلافة علي رضي الله عنه حيث وجد عسسه قتيلاً في خربة وعلى رأسه رجل آخر بيده سكين فأخذوهما للخليفة ولما سئل قال انا قتلته فأمر الخليفة بقتله ولما اخذ اقبل رجل مسرعاً وطلب رد المتهم الى علي فردوه فقال الرجل المسرع يا امير المؤمنين انا القاتل فقال الخليفة للاول وما حملك على الاقرار بالقتل فقال علمت انه لا يقبل مني الانكار مع هذه الحالة وخشيت ان يحكم بالقسامة على من يقرب من الخربة من السكان فاحتسبت نفسي عند الله وانما انا قصاب ذبحت بقرة وذهبت لقضاء حاجة في الخربة فاخذني العسس على هذه الحالة فقال علي بئسما صنعت ومن هذا يتضح ان مثال هذه المادة هو قرينة راجحة في الدلالة على وقوع القتل ممن اتهم به مثل شهادة العدلين وان احتمال غيره مرجوح كاحتمال عدم صدق العدلين .

وكذلك وضع الجذوع على الحائط قرينة على ان الحائط ملك صاحب الجذوع وكذلك لو رأى رجل رجلاً وامرأة يتعاشران معاشرة الازواج فله ان يشهد بنكاحهما ولو لم يعاين العقد . وكذا اذا اقر رجل بدين لآخر بحضور شاهدين ثم ادعى المرض اثناء الاقرار فللشاهدين ان يشهدا بصحة حال الاقرار اذا كانا لم يريا به مرضاً .



الباب الثالث

في بيان التحليف

مادة ١٧٤٢ [اسباب الحكم اليمين او النكول عنه ايضاً وهو انه اذا اظهر المدعي العجز عن اثبات دعواه فيحلف المدعى عليه بطلبه ولكن اذا ادعى احد على آخر بقوله انت وكيل فلان وانكر الوكالة فلا يلزم تحليفه كذلك اذا ادعى كل من الشخصين المال الذي هو في يد آخر بانه اشتراه منه واقر المدعى عليه بانه باعه لاحدهما وانكر دعوى الآخر فلا يتوجه عليه اليمين والاستيجار والارتهان والايهاب كالاشتراء في هذا الخصوص] .

والضابط في ذلك هو صراحة الحديث الشريف القائل (اليمين على من انكر) وقد اتفق العلماء على ان الحلف من المدعى عليه قطع للخصومة والا لما وجدت فائدة الحلف . والضابط في ذلك هو (من يجب عليه الحق المدعى به باقراره يمكن تحليفه عند انكاره) كما في مسئلة ادعاء الوكالة عليه (وان لا يكون الحق المدعى به متعين الثبوت قبل المدعى عليه لشخص بعينه) كما في دعوى اشتراء المال المعين من واحد اما لو ادعى الاثنان على واحد كل منهما فعلاً واقعاً في العين كغصب ووديعة فانه يحلف عند الانكار كل واحد منهما . اما كل ما لا يجري فيه البدل بدون حصول سببه لا يشرع فيه التحليف كالحدود واللعان (وهي ان تدعي المرأة قذفها وتطلب الملاعنه وهو ينكر) . وكذا من لا يجب عليه الحق المدعي به باقراره لا تتوجه عليه اليمين كالوصي والولي والمتولي للوقف ومأمور بيت المال فيجب اثبات الحق بوجههم بالبينة ولا يحلفوا اليمين .

مادة ١٧٤٣ [اذا قصد تحليف احد الخصمين فيحلف باسمه تعالى بقوله والله او بالله مرة واحدة] .

ولا يشترط في التحليف ما يدل على عظمة الله وقوته في اليمين صريحاً لان الواجب مطلق اليمين لا صيغة معينة فلا يغلظ اليمين عند الحنفية بزمان ولا مكان في غير اللعان وهذا هو الصواب خلافاً لمالك والشافعي فانهما قالا بالتغليظ في اليمين . وقد اجمع الفقهاء على ان الصبي المميز لا يكلف باليمين ولو مأذوناً و يحلف بعد البلوغ وقد سكتت المجلة عمن يجب تحليفه ومن لم يجب وهذا نقص يوجب الرجوع الى الاجتهاد الذي قد لا يكون مطرداً غالباً .

ولا يجوز التحليف بالطلاق او العتاق ولو كلف المدعى عليه بذلك ونكل لا يحكم بنكوله وقد ورد بالحديث (لا تحلفوا بآبائكم ولا بالطواغيت فمن كان منكم حالفاً فيحلف بالله او ليذر) وكذا اذا حلف المدعى عليه اليمين وتمنع من الحلف بالتغليظ لا يعد ناكلاً وكذا المشرك والمجوسي يحلف باسم الله لا بناره المعبودة .

مادة ١٧٤٤ [لا يكون اليمين الا في حضور الحاكم او نائبه ولا اعتبار بالنكول في حضور غيرهما] فاليمين بحضور الحاكم ظاهر اما اليمين بحضور نائبه هو يمين المخدرة والمريض الذي يقع في غير مجلس الحاكم فانه يجري من قبل نائب الحاكم وكذلك يجوز تحليف اليمين بطريق الاستنابة بواسطة حاكم القضاء الذي يقيم به المدعى عليه .

مادة ١٧٤٥ [تجري النيابة في التحليف ولكن لا تجري في اليمين بناءً عليه لوكلاء الدعاوي ان يحلفوا الخصم ولكن اذا توجهت اليمين الى موكليهم فيلزم ان يحلف هؤلاء بالذات ولا يصح تحليف وكلائهم] .

اما طلب اليمين فهو من قبيل طلب الحق من الغير فيجوز فيه النيابة واما اليمين فانه يدفع دعوى المدعي بسبب الوقوف على حقيقة لا يعلمها غير المدعي ولا يعلمها النائب عنه مهما كان شديد الاصوق لمدعى عليه واذا قيل ان اقرار الوكيل معتبر بحق الموكل فيجب اعتبار الامتناع عن الحلف ايضاً قلنا لا تهمة في اقرار الوكيل بحق قبل موكله اما الانكار فكل من الموكل والوكيل متهم فيه وقد خص المدعى عليه بتأكيد هذا الانكار باليمين لاحاطة علمه بنفسه . وكذلك الوصي فانه لا يحلف عن فعل وقول لم يباشره لانه اذا اقر بقبض غيره لا يعتبر اقراره . ويتوجه اليمين على الوكيل بالبيع لان اقراره معتبر لان حقوق العقد تعود للعاقد .

مادة ١٧٤٦ [لا يحلف الا بطلب الخصم ولكن يحلف من قبل الحاكم في اربعة مواضع بلا طلب الاول اذا ادعى من الشركة حقاً واثبته فيحلفه الحاكم على انه لم يستوف هذا الحق بنفسه ولا بغيره من الميت بوجه ولا ابرأه ولا احاله على غيره ولا اوفي من طرف احد وليس للميت في مقابلة هذا الحق رهن ويقال لهذا يمين الاستظهار « الثاني » اذا استحق احد المال واثبت دعواه حلفه الحاكم على انه لم يبع هذا المال ولم يهبه لاحد ولم يخرجه من ملكه بوجه من الوجوه الثالث اذا اراد المشتري رد المبيع لعيبه حلفه الحاكم على انه لم يرض بالعيب قولاً او دلالة بتصرف كتصرف الملاك على ما ذكر في المادة ٣٤٤ ٠ الرابع تحليف الحاكم الشفيع عند الحكم بالشفعة بانه لم يبطل شفعته يعني لم يسقط حق شفعته بوجه من الوجوه] ٠

دليل الفقرة الاولى قوله عليه الصلاة والسلام لمدع عجز عن اثبات دعواه بالبينة (ليس لك الا يمينه) وقد خصص اليمين بالمدعي انما يجب ان يكون عند الطلب كما في الشفعة حتى لو حلف الحاكم المدعى عليه اليمين بدون طلب المدعي ثم طلب التحليف يحلفه مرة ثانية ٠

واعلم بان يمين الاستظهار هو من اجل التركة لا من اجل الوارث لامكان وجود وارث آخر غير المدعي او وصي في التركة ٠ ولا ينحصر يمين الاستظهار بطلب الدين من التركة فيحلف المدعي اليمين بطلب الدين والعين ايضاً ٠ ويحلف المدعي يمين الاستظهار ولو اقام دعواه بحضور الوصي فيما اذا كان لا وارث للميت ولا يحلف المدعي اليمين اذا اقام دعواه على كفيل المتوفي لان المدعى عليه ليس بتركة ميت ٠ ولا يحلف المدعي اليمين اذا ادعى اداء ما عليه من الدين الى الميت حال حياته ولا يحلف ايضاً اذا ادعى الدين من التركة واقر له الورثة — اذا كانوا كباراً بالغين — بحقه بالفعل ٠

مادة ١٦٤٧ [اذا حلف المدعى عليه بطلب الخصم قبل ان يكلفه الحاكم فلا يعتبر يمينه ويلزم ان يحلف من قبل الحاكم مرة اخرى] لان اليمين الذي لا يعين

الحاكم صفته يعد لاغياً ومن اليمين ما يحتاج تحليفه على الثبات او على عدم العلم وهذا لا يكون الا من قبل الحاكم ·

مادة ١٦٤٨ اليمين اما ان يكون على البتات او على عدم العلم وتحليف اليمين على البتات في ثلاث مواقع اي [اذا حلف احد على فعله] من كل وجه او من وجه او على فعل غيره الذي يعلمه ويدعي به [فيحلف على البتات يعني على القطع بان هذا الشيء هكذا او ليس بكذا واذا حلف على فعل الغير فيحلف على عدم علمه بذلك الشيء] ·

معنى ذلك ان المدعى به اما ان يكون فعلاً ينفرد به المدعى عليه كالغصب او يقع منه بانضمام آخر ببيع واما ان يكون فعلاً يقع من المدعي عليه يعلمه المدعي ويدعي به وهذا النوع يتصور مع سائر الامناء ففي جميع هذه الصور يحلف المدعى عليه على البتات ولذلك كان يجب على واضع القانون اضافة عبارة من كل وجه او من وجه او على فعل غيره الذي يعلمه ويدعي به ·

ويقع اليمين على النفي لا على الاثبات اما المستودع اذا ادعى رد الوديعة وان كان مدعياً لكنه ينكر الضمان ولذا فقد وجب تحليفه على عدم وجوب رد الوديعة عليه ·

قلنا ان اليمين يكون من كل وجه ومثال ذلك اذا ادعى المدعي ديناً على آخر فأنكر المدعى عليه دعواه ووجب تحليف المدعى عليه لعجز المدعي عن الاثبات يحلف المدعى عايه على انه غير مديون للمدعي بالمبلغ المدعى به او اقل منه · وكذا اذا ادعى احد على آخر مبلغاً من جهة الكفالة فأنكر المدعى عليه الدعوى ووجب تحليفه اليمين يحلف بانه لا يوجد الحق المدعى به للمدعي قبله بذمته من جهة الكفالة ·

ويكون اليمين من كل وجه كما لو ادعى المدعي على المدعى عليه شراء او استئجار مال منه وانكر المدعى عليه دعواه يحلف المدعى عليه على البتات على ان البيع هو فعل البائع والمشتري ·

ويكون اليمين على فعل الغير الذي يعلمه ويدعي به كما لو ادعى رجل على آخر وديعة وادعى المستودع الرد وانكر المودع ذلك يحلف المستودع على البتات · وكذا الوكيل بالبيع اذا ادعى كون موكله قبض ثمن المبيع وانكر الموكل ذلك يحلف الوكيل على ان الموكل قبض الثمن ·

مادة ١٧٤٩ [اليمين اما على السبب او بالحاصل وهو ان اليمين بوقوع خصوص

او بعدم وقوعه يمين بالسبب واليمين ببقائه او بعدم بقائه يمين بالحاصل مثلاً اليمين في دعوى البيع والشراء بعدم وقوع عقد البيع اصلاً هو يمين بالسبب واما اليمين ببقاء العقد الى الآن او بعدم بقائه فهو يمين بالحاصل] ·

السبب اما ان لا يرتفع حكمه كالنتاج او يرتفع ولكن يتضرر المدعي بالتحليف على الحاصل فيه كالشراء الذي يدعي به حنفي على شافعي شفعة الجوار فيحلف المنكر على السبب في هاتين المسئلتين بالاجماع بان يقول ما نتج هذا الفلو عندك وما اشتريت هذا العقار الذي بجوارك اما ما سببه غير مرتفع هو مساوٍ للحاصل في الوجود وان كان الحاصل اعم في العقل لجواز حصوله من سبب آخر وعليه فلو حلف المدعى عليه على الحاصل في هذه الصورة كان حلف على عدم ملك مدعي نتاج الفلو فيه لان الاخص ينتفي بنفي الاعم ·

مادة ١٧٥٠ [اذا اجتمعت دعاوى مختلفة فتكفي فيها يمين واحد ولا يلزم التحليف لكل منها على حدة] ·

معنى ذلك انه اذا اجتمعت دعاوى مختلفة على شخص واحد سواء كانت دعوى واحدة في الوضع مركبة من دعوتين مختلفتين في المعنى كمن ادعى الفاً من ذمة آخر حسب الوكالة فيما اذا انكر المدعى عليه المبلغ والتوكيل او كانت دعاوي مختلفة في الوضع والمعنى كمن ادعى على آخر بعين مغصوبة وتسلم امانة ومبلغ فيكفي في هذه الدعاوي اليمين الواحدة لمنع المدعي منها ·

مادة ١٧٥١ [اذا كلف الحاكم من توجه اليه اليمين في الدعاوى المتعلقة بالمعاملات باليمين ونكل عنها صراحة بقوله لا احلف او دلالة بالسكوت بلا عذر حكم الحاكم بنكوله واذا اراد ان يحلف بعد الحكم فلا يلتفت اليه ويبقى حكم الحاكم على حاله] لان النكول يتحقق بدون مدة اذ لا موجب للانتظار مع وجود التمكن من القيام بالمكلف به ولا يشترط لتحقق النكول صراحة التعبير كقول الناكل عن الحلف انا ناكل او ان لا احلف اليمين لانه امر عدمي وهو عدم الحلف مع القدرة عليه بسلامة الجارحة التي هي

آلة لايقاعه صراحة او اشارة وعند الصاحبين لا يتحقق الا بعد عرض اليمين ثلاث مرات على المكلف به والامتناع منه وقد قال بعض الفقهاء بامكان تكرار العرض في الحوادث التي يظهر بها رهبة المكلف باليمين من مجلس القضاء او غفلته وضعف ادراكه وهذا محله في المعاملات اما القصاص فلا يحكم به بمجرد النكول بل يصار الى الدية (٠)

مادة ١٧٥٢ [يعتبر يمين الاخرس ونكوله عن اليمين باشارته المعهودة]

لان الاخرس يحتاج في المعاملات ما يحتاج اليه الناطق والتكليف بما ليس في الوسع غير مشروع بالنص ولهذا اعتبر العمل الحسي باي عضو من اعضاء الاخرس الذي يستعمله لعقد اليمين او النكول عنه قائماً مقام البيان اللفظي ٠

لاحقة

مادة ١٧٥٣ [اذا قال المدعي ليس لي شاهد اصلاً ثم اراد ان يأتي بشهود او قال ليس لي شاهد سوى فلان وفلان ثم قال لي شاهد آخر فلا يقبل قوله] ٠

واعلم بان الشهادة في الامور الحسية التي لا يشترط في ادائها تقدم الدعوى لا يكون قول المدعي لامر من تلك الامور ليس لي شاهد اصلاً مانعاً من احضار الشهود على تلك الدعوى ولا يؤثر عليها التناقض لان الحق بمثل هذه الدعاوى وهو حق الشرع كدعاوي بيت المال والمحجور واليتيم وكذا لو قال المدعي ليس لي على دعواي هذه شاهد اصلاً ثم احضر شهوده قائلاً ان المدعى عليه كان اشهدهم على نفسه دون ان اعلم ذلك يسمع قوله وتوفيقه اما لو قال كنت ناسياً لهؤلاء الشهود لا يسمع قوله للتناقض وهذا ما قصدته هذه المادة بعبارتها ٠

* * *

(٠) وهذا صار ملغياً في الاصول الجزائية ٠

الباب الرابع

في التنازع بالايدي وترجيح البينات

معنى التنازع بالايدي ظاهر فيمن هو واضع اليد على العقار او المنقول فالمنقول يكفي فيه الفعل الحسي المشاهد اذا كان دالاً على حوز احد المتداعيين دون الآخر فهذا هو واضع اليد كراكب الدابة مع ماسك الرسن واذا وجد الفعل من كل من المتداعيين اعتبر واضعاً اليد مشتركاً كالجالسين على بساط واحد . ولا عبرة لما يطرأ اثناء التداعي من تبدل وضع اليد لان ذلك لا يبدل الحكم بوضع اليد .

مادة ١٧٥٤ [يلزم اثبات وضع اليد بالبينة في العقار المنازع فيه ولا يحكم بتصادق الطرفين يعني لا يحكم بكون المدعى عليه ذا اليد باقراره عند دعوى المدعي ولكن اذا ادعى المدعي قائلاً اني كنت اشتريت ذلك العقار منك او كنت غصبته مني فلا حاجة الى اثبات كون المدعى عليه ذا اليد بالبينة وكذلك اي شخص كان وجد في يده المنقول فهو ذو اليد فلا حاجة الى اثباته بالبينة على الوجه الذي ذكر آنفاً وتصادق الطرفين كافٍ في هذا] . لما كانت اليد على العقار ليست بمعاينة خلافاً للمنقول فقد وجب اثباتها بالبينة لا بالاقرار مخافة التواطئ على العقار الموجود بيد شخص ثالث عند المحاكمة لان الحكم بالبينة يقضي بالقضاء على الجميع اما اذا ادعى المدعي على المدعى عليه فعلاً حسياً كالغصب الحسي او السرقة فلا يكلف لاثبات وضع اليد لان ما يقصده المدعي بدعواه هذه هو ازالة الاثر الذي احدثه المدعى عليه بالمدعى به بفعله وكذلك دعوى المدعي تلقي الملك من المدعى عليه باحد اسبابه المشروعة كالشراء او الايهاب مع القبض واعارة الموهوب للمدعي عليه والتملك بعقد الصلح المشروع لان التواطؤ لا يحتمل بمثل هذه الحالات . ولا تشترط الشهادة بدعوى الغصب والسرقة على الغصب والسرقة بل تكفي في ذلك الشهادة على الملك . اما صور

وضع اليد هي البناء في الدار والعرصة وقطع الاشجار في الاحراج و بيعها وقع الحشيش في المراعي ورعي الدواب واتصال التربيع بالجدران او وضع الجذوع عليها ·

وتترجح بعض التصرفات في المنقول على غيرها كلابس الثوب فانه اولى من الآخذ بالكم وراكب الدابة فانه اولى من الآخذ باللجام وراكب السرج اولى من الرديف والمتمسك باللجام اولى من المتعلق بالذنب · اما الراكبان بدون سرج والجالس على البساط والمتمسك به والجالسان على بساط هما متساويان بوضع اليد

مادة ١٧٥٥ [اذا تنازع شخصان في عقار دار وادعى كل منهما كونه ذا اليد في ذلك العقار فتطلب البينة اولاً من ايهما كان ذا اليد فاذا قام كل منهما البينة على ذلك فتثبت يدهما معاً على العقار فيشتركان فيه واذا اظهر احدهما العجز عن اثبات وضع يده واقام الآخر البينة على كونه واضع اليد فيحكم بكونه ذا اليد و يعد الآخر خارجاً وان لم يثبت احد من الخصمين كونه ذا اليد يحلف كل منهما بطلب الآخر على عدم كون خصمه ذا اليد في ذلك العقار فان نكلا عن اليمين يثبت كونهما ذوي اليد في ذلك العقار و يشتركان فيه وان نكل احدهما وحلف الآخر يحكم بكون الحالف واضع اليد مستقلا بذلك العقار و يعد الآخر خارجاً وان حلفا معاً فلا يحكم لاحد منها بكونه ذا اليد و يوقف العقار المدعي به الي ظهور حقيقة الحال]

ولا تطلب البينة على الملك قبل اثبات وضع اليد لما مر بيانه من امكان احتمال وقوع التواطؤ على مال الشخص الثالث الذي لم يكن داخلا بالدعوي وتطلب بينة وضع اليد اولاً لامكان معرفة واضع اليد من الخارج ولا بد من وقوع احد الاحتمالات الوارد ذكرها في هذه المادة فاذا اقام كل من المتداعين البينة على وضع يده حكم بوضع يدهما بالاشتراك و يصير كل واحد منهما مدعياً وخارجاً بالنسبة لما في يد الآخر من وضع اليد ومدعي عليه بالنسبة لما في يده امام الآخر ولا يجوز تقسيم العقار بينهما قبل فصل دعوى الملك باحد اسباب الحكم لان مجرد وضع اليد يحتمل

الاجارة والرهن ٠ واذا اقام البينة احدهما صار ذايد و كلف الثاني لاثبات الملك واذا عجز عن الاثبات كلف كل واحد منهما بطلب الآخر لحلف اليمين على ان الآخر لم يكن ذايدعلى العقار المدعى به فاذا نكلا حكم باشتراكهما بوضع اليد سواء اعتبرا لنكول اقراراً او بدلا ٠ اما باقي الاحتمالات فهي واضحة وظاهرة من متن هذه المادة فلا حاجة للتطويل بشأنها٠وقد قال الاستاذ علي حيدر افندي بشرحه ماخلاصة (هل يلزم اثبات وضع اليد بالبينة في دعوى التصرف بمسقفات الوقف والاراضي الاميرية وانه يرد على الخاطر لا لأن المتصرف به في هذه هو المنفعة لا العين) فنقول ان امكان التواطؤ موجود في هذه الدعاوي ايضاً فلا بدمن اثبات وضع اليد فيهما لاسيما والدعوى بالتصرف بمسقفات الوقف والاراضي الاميرية هي دعوى عقار

***

الفصل الثاني

في ترجيح البينات

للبينتين المتعارضتين وليس احداهما خبراً متواتراً (٠) ثلاث حالات ٠ الاولى تهاترهما لعدم امكان ترجيح احداهما على الاخرى وعدم امكان العمل بهما مثل لو اقام كل واحد من شخصين بينة على نكاحه امرأة حية تنكر دعوى كليهما و كذا لو شهد شاهدان على ان زيداً قتل عمرواً يوم عيد الاضحى في الكوفة وشهد الآخران بانه قتل في اليوم المذكور في مكة ٠

و كذا لو ادعى اثنان على بعضهما مالا بسبب شرائه من المدعى عليه الآخر واثبت كل منهما شرائه من الثاني بالبينة

و كذا لو ادعى اثنان بنوة عم المتوفي وسمي كل منهما له جداً غير الجد الذي سماه الآخر واثبتا دعواهما ٠

الثانية امكان العمل بهما معاً مثل لو اقام خارجان كل واحد منهما البينة على الملك المستقل في عقار في يدثالث فانه يحكم به لهما مناصفة بينهما لعدم المرجح ، الثالثة ترجيح احد البينتين على

(٠) الغي التواتر اخيراً فلا محل لهذا القيد

الاخري باحد اسباب الترجيح فيعمل بالراجحة وهو المقصود بهذا الفصل والضابط لذلك هو (من تكون من المدعيين متوفراً فيه حقيقة المدعي اكثر من الآخر بدعواه خلاف الظاهر او من يكون دعواه بمعنى دفع الدعوى لدعوى الآخر فهو راجح البينة على الآخر)

مادة ١٧٥٦ [اذا ادعى احد الشخصين الملك بالاستقلال والآخر الملك بالاشتراك في مال والحال ان كلاً منهما متصرف او ذو يدٍ فبينة الاستقلال اولى يعني اذا اراد كلاهما ان يقيما البينة فترجح بينة الذي ادعى الاستقلال على بينة الذى ادعي الاشتراك واذا ادعى كلاهما الاستقلال واقاما البينة على ذلك فيحكم لهما بذلك العقار مشتركاً واذا عجز احدهما عن الاثبات واثبت آخر فيحكم له بكون ذلك العقار ملكه مستقلاً]

ولا فرق في هذه المسائل ان يكون المدعى به عقاراً او منقولا ووجه المسئلة الاولى ان مدعي الكل لا منازع له في البعض فيقضى له به قضاء ترك . ولا بد من وجود العقار في يديهما كما هو صريح عبارة (والحال ان كلاً منهما ذو يد) فلو كانا خارجين والمدعى به في يد شخص ثالث فلمدعى الكل ثلاثة ارباع ولمدعى النصف الربع عند ابي حنيفة لان النزاع واقع على النصف فقط ابتداءً وقال الصاحبان بلزوم تقسيم المدعى به بينهما اثلاثاً على طريق العول المعروف في الحقوق الشخصية . وكذا اذا تكونت الدعوى على واحد بين ثلاثة اشخاص فادعى احدهم بالاستقلال وادعى الثاني نصفه وادعى الثالث ثلثيه واثبت كل منهم دعواه وكان المال بيدهم يحكم لهم به على طريق المنازعة عند الامام وعلى طريق العول عند الامامين واذا عجز كل من المتداعين عن اثبات دعواه يحلف كل واحد منهم بطلب الآخرين واذا كان المدعي به بيد شخص ثالث وتداعى به اثنان وعجزا عن اثبات دعواهما وحلفا اليمين يبقى المال بيد ذي اليد .

مادة ١٧٥٧ [بينة الخارج اولى في دعوى الملك المطلق الذي لا يبين فيها تاريخ . مثلاً اذا ادعي احدٌ الدار التي هي في يد آخر بأنها ملكي وان هذا قد وضع يده عليها

بغير حق وانا اطلب ان تسلم الي وقال ذو اليد ان هذه الدار ملكي ولذا وضعت عليها يدي بحق فترجح بينة الخارج وتسمع]

اي اذا ادعى كل واحد من لاثنين ملكا مطلقاً غير مقيد بسبب قابل للتكرار كالشراء او غير قابل للتكرار ولم يؤرخا وكان احدهما ذا يد والثاني خارج ولم يدع احدهما على الآخر فعلاو برهنا ترجح بينة الخارج لانها مخالفة للظاهر

واعلم بأن الخارج وذا اليد اما ان لايؤرخا واما ان يؤرخ احدهما واما ان يؤرخا تاريخاً واحداً ففي الصور الثلاث ترجح بينة الخارج . اما اذا ارخا يحكم لمدعي التاريخ المقدم (راجع مادة ١٧٦٠) واذا كان المدعى به بيد الخارج عن المتداعين فينظر ايضاً اما ان لا يؤرخا او يؤرخا تاريخاً واحداً او يؤرخ احدهما فقط يحكم بالمدعى به بينهما مناصفة واذا ارخا تاريخين مختلفين يحكم لمدعى التاريخ السابق .

مادة ١٧٥٨ [ترجح بينة الخارج ايضاً على بينة ذي اليد على دعاوي الملك المقيد بسبب قابل للتكرار ولم يبين فيها التاريخ كالشراء لكونها في حكم دعوى الملك المطلق ولكن اذا ادعى كلاهما بانهما تلقيا الملك من شخص واحد فترجح بينة ذي اليد مثلاً اذا ادعى احد على آخر الدكان الذي في يده بانه ملكي وانا اشتريته من زيدٍ وحال كون ملكي بهذه الجهة وضع يده عليه هذا الرجل بغير حق وقال ذو اليد اشتريته من بكرٍ او موروث لي من والدي و بهذه الجهة قد وضعت يدي عليه فترجح بينة الخارج وتسمع ولكن اذا قال ذو اليد انا اشتريت هذه الدكان من زيد فترجح بينة ذي اليد على بينة الخارج بهذه الحال]

وقد رجحت بينة الخارج اذا ادعيا الملك بسبب قابل للتكرار كالشراء والغرس والبناء ولا تاريخ لهما لان الخارج هو المدعي حقيقة لان المدعين لو كانا خارجين وادعيا الملك بيد غيرهما حكم باشتراكهما واذا ادعى كل واحد منهما تلقي الملك من الآخر و برهنا تهاترت بينتيهما و يبقى المدعى به بيد ذي اليد اما باقي فقرات هذه المادة فواضحة لاحاجة لتكرارها وتفصيلها.

ماده ١٧٥٩ [بينة ذي اليد اولى في دعاوى الملك المقيد بسبب غير قابل للتكرار كالنتاج مثلاً لو تنازع الخارج وذو اليد في مهرة وادعى كل منهما انها ماله ومولودة من فرسه ترجح بينة ذي اليد]

لان الرسول عليه الصلاة والسلام حكم بدعوى النتاج لذى اليد · وتجب الشهادة في دعوى بالملك والنتاج كقول الشاهد اشهد ان هذا الفرس هي ملك هذا المدعي نتاجاً ولا يكفي للشهادة النتاج فقط لامكان وقوعه بيد الاجير والمستعير ·

فالمدعى به اما ان يكون بيد احد المتداعيين وفي هذه الدعوى اما ان لا يؤرخا فيحكم لذي اليد واما ان يؤرخا تاريخاً واحداً و يوافق سن الحيوان التاريخ او يشكل فيحكم لذي اليد لان السن اذا اشكل يسقط التاريخ واما ان يؤرخا تاريخين مختلفين فيحكم بالحيوان لمن وافق تاريخه واذا اشكل موافقة سن الحيوان لتاريخ المتداعيين يحكم لذي اليد واذا وافق سن الحيوان تاريخ احدهما واشكل تاريخ الآخر يحكم لمن اشكل تاريخه واذا لم يوافق لتاريخ احدهما تتهاتر بينتهما لثبوت كذبهما و يبقي الحيوان بيد ذي اليد ·

واذا تداعيا بدابة بيديهما فاما ان لا يؤرخا يحكم بالمدعى به مناصفة بينهما لعدم امكان ترجيح احدى البينتين على الاخرى واما ان يؤرخا تاريخاً واحداً فاذا وافق سن الحيوان تاريخهما او اشكل يحكم بالمدعى به بينهما مناصفة واذا لم يوافق تبطل البينتان واذا وافق سن الحيوان تاريخ احدهما واشكل تاريخ الآخر يحكم الى من اشكل تاريخه لسن المدعى به ·

مادة ١٧٦٠] بينة من تاريخه مقدم اولى في عوى الملك المؤرخ مثلاً اذا ادعى احد على العرصة التي هي في يد آخر باني اشتريتها قبل هذا التاريخ بسنة من فلان وقال ذو اليد انها موروثة لي من والدي الذي توفى قبل هذا التاريخ بخمس سنين فترجح بينة ذي اليد وان قال هي موروثة من ابي الذي مات قبل ستة اشهر ترجح بينة الخارج على هذا الحال و كذلك اذا ادعى كلٍ من الخصمين انه اشترى

المدعى به من شخص غير الذي اشترى منه الآخر وبينا تاريخ تملك بائعهما فترجح بينة في تاريخ تملكه مقدم على الآخر]

والقصد من الملك في هذه المادة هو الملك الذي لم يحصل بسبب غير قابل للتكرار ولا فرق بين ان يكون ملكاً مطلقاً او بسبب متكرر كالشراء وهذا هو قول الشيخين وحجتهما ان من يثبت سبق تاريخ ملكه هو المالك الاول في ذلك التاريخ بلا معارض فلا يتلقى الملك المنازع به الا من جهة واذا تساويا في التاريخ ترجح بينة الخارج (راجع المادة ١٧٥٧)

مادة ١٧٦١ [لا يعتبر التاريخ في دعوى النتاج وترجح بينة ذي اليد كما ذكر آنفاً الا انه اذا لم توافق سن المدعى به تاريخ ذي اليد ووافق تاريخ الخارج فترجح بينة الخارج وان خالف تاريخ كليهما وان لم تكن معلومة فتكون بينة كليهما متهاترة يعني متساقطة ويترك المدعى به في يد ذي اليد ويبقى له]

والسبب في ذلك هو ان مخالفة السن لما ادعاه مدعي النتاج تكذب دعواه من طريق الحس وما يكذبه الحس من الدعوى لا يكون مسموعاً واذا خالف السن تاريخ كل واحد منهما سقطت بينتهما ويترك المدعى به في يد ذي اليد من غير قضاء ولا فرق بين ان يكون المدعيان ذي يد او خارجين او احدهما ذو اليد ففي كل الاحوال ترجح بينة من وافق سن المدعى به برهانه .

مادة ١٧٦٢ [بينة الزيادة اولى مثلاً اذا اختلف البائع والمشتري في مقدار الثمن او المبيع فترجح بينة من ادعى بالزيادة]

وكذا اذا اختلف البائع والمشتري والمؤجر والمستأجر بالثمن والمثمن والمأجور والاجرة ترجح بينة الزيادة في كل الاحوال . وكذا دعوى الارث فلو ادعى اخ لاب على اخيه في دار فقال انها موروثة له عن والدته ولوالده منها الربع وقد توفي ابوه وترك الربع بينه وبين اخيه مشتركاً وادعى المدعي عليه بانها موروثة عن ابيه وله نصفها ترجح بينة الميراث عن الأم لانها بينة

الزيادة . وكذا اذا ادعى المدعى شراء الفرس بالحصان وادعى البائع بيعه بمبلغ معلوم ترجح بينة البائع لان بينة البائع تنفي حق المشتري بالحصان وهي بينة الزيادة

مادة ١٧٦٣ [ترجح بينة التمليك على بينة العارية مثلا اذا ادعى احد المال الذي هو في يد الآخر قائلاً اني كنت اعطيته اياه عارية واراد استرداده وقال المدعى عليه كنت بعتني اياه او وهبتنيه فترجح بيتة البيع او الهبة] لان التمليك يثبت خلاف الظاهر بالنسبة للعارية ولان في التمليك تمليك العين والمنفعة وفي العاريه تمليك المنفعة فقط . وكذلك ترجح بينة التمليك على بينة الايداع والغصب فلو ادعى رجل فرساً من آخر قائلا انك اغتصبت فرسي وادعى المدعى عليه انه انتقل له بالبيع من المدعي ترجح بينة مدعى البيع .

مادة ١٧٦٤] ترجح بينة البيع على بينة الهبة والرهن والاجارة و بينة الاجارة على بينة الرهن مثلاً اذا ادعى احد على آخر بقوله كنت بعتك المال الفلاني اعطيني ثمنه وقال المدعي عليه انك وهبتني ذلك وسلمتني اياه فترجح بينة البيع] سواء كانت العين المدعي بها بيدهما او بيد احدهما او بيد الخارج وكذلك في دعوى البيع والاجارة اذ لم يذكر المتداعيان تاريخاً او ارخا تاريخاً واحداً اما لو ارخ احدهما فالبينة للخارج واذا ارخا تاريخين مختلفين يحكم لصاحب التاريخ الاسبق

مادة ١٧٦٥ ترجح بينة الاطلاق على بينة التقييد في العارية مثلاً اذا هلك الحصان المستعار في يد المستعير وادعى المعير قائلا اني كنت اعرتك اياه على ان تستعمله اربعة ايام وانت لم تسلمه الي" في المدة المذكورة وهلك عندك في اليوم الخامس فاضمن قيمته وادعى المستعير بقوله كنت اعرتني اياه بان استعمله على الاطلاق ولم تقيد باربعة ايام فترجح بينة المستعير وتسمع] لان القول قول المعير في تعيين نوع ما ملكه من المنافع وتقييدها فصار التعيين والتقييد اصل والاطلاق خلاف الاصل واذا قيل بان عدم الضمان في العارية

اصل وكان يجب ترجيح بينة التقييد قلنا ان الضمان وعدمه حكمان فرعيان عن التقييد والاطلاق والفرع يثبت بثبوت الاصل

مادة ١٧٦٦ [ترجيح بينة الصحة على بينة مرض الموت مثلاً اذا وهب احد مالا لاحد ورثته ثم مات وادعى باقي الورثة انها وهبت في مرض موته وادعى الموهوب له انه وهبه في حال صحته فترجح بينة الموهوب له] وذلك الحادث يضاف الى اقرب اوقاته وعند فقدان البينة من الطرفين يعمل بقول مدعي المرض . واذا شهد الشهود بوقوع الهبة وقالوا انهم لا يعلمون فيما اذا كان الواهب صحيحاً او مريضاً حين الهبة يحمل التصرف على حال المرض لان التصرف في حال المرض ادنى من التصرف بحال الصحة والادنى محقق والاكثر مشكوك .

مادة ١٧٦٧ [ترجح بينة العقل على بينة الجنون او العته «انظر المادتين ٩ و ١١»]

فلو اشترى احد من آخر مالاً ثم حجر عليه لعته او جنون فادعى ان البيع وقع بحال العته وادعى المشتري البيع في حال الصحة وقبل عروض مايوجب الحجر ترجح بينة المشتري وكذلك لو اقام المحجور مثل هذه الدعوى بعد رفع الحجر عنه

مادة ١٧٦٨ [اذا اجتمعت بينة الحدوث و بينة القدم فترجح بينة الحدوث مثلاً اذا كان في ملك احد مسيل لآخر ووقع بينهما اختلافاً في الحدوث والقدم وادعى صاحب الدار حدوثه وطلب رفعه وادعى صاحب المسيل قدمه فترجح بينة صاحب الدار] لان بينة القدم في المسيل وامثاله مرجوحة لانها قائمة على الاصل المستند للأستصحاب و بينة الحدوث قائمة على خلاف الاصل وعند فقد البينات يصار الى تحليف مدعى القدم وهذا اذا لم يؤرخ المتداعيان اما اذا ارخا فالسابق اولى لان الشهادة على التاريخ لاتكون مستندة للاستصحاب لان ما يكون قديماً استصحاباً لا يعرف سبب ثبوته . وترجح ايضاً بينة اليسار على بينة العسر وترجح بينة الزوجة في مقدار المفروض وزمان الفرض و بينة الاقالة على بينة البيع و بينة الاجارة على بينة الرد و بينة الشراء بالبيع الصحيح على بينة

الشراء بالبيع الفاسد و بينة الغبن مع التغرير راجحة على بينة البيع بثمن المثل و بينة المؤجر بمقدار الاجرة و بينة المستأجر بقدر المدة و بينة المرتهن بتعيين الرهن راجحة على بينة الراهن و بينة المرتهن راجحة على بينة الراهن بالمقدار المرهون و يوجد غير ذلك مسائل عديدة لا يمكن لكتابنا هذا ان يسعها لاسيما وهو كتاب مدرسي فعلى من اراد الوقوف عليها ان يراجع امهات الكتب الفقهية و كتاب ترجيح البينات للمرحوم العلامة محمود افندي الحمزاوي

مادة ١٧٦٩ [اذا اظهر الطرف الراجح العجز عن البينة فتطلب البينة من الطرف المرجوح فأن اثبت فيها والا يحلف]

وهذا حكم عام بجميع حوادث الترجيح المار ذكرها في هذا الفصل .

مادة ١٧٧٠ [اذا اظهر الطرف الراجح العجز عن الاثبات فحكم بموجب اقامة الطرف المرجوح البينة على ماسبق ثم اراد الطرف الراجح اقامة البينة فلا يلتفت اليه بعد]

وذلك لان دعوى الطرف المرجوح قد تأيدت بالبينة والحكم والقضاء لا ينقض مالم يظهر بطلان ما يستند اليه كابراز وثيقة من خط المحكوم له تتضمن ملكية الطرف المرجوح للمحكوم به او كان المقضى عليه يدعي تلقي الملك في المحكوم به من المحكوم له لكنني ارى ان الصورة الثانية لا تسمع ايضاً للتناقض فيما اذا عجز الطرف الراجح عن البرهان

الفصل الثالث

في القول لمن وتحكيم الحال

لا بدلنا في هذا البحث من معرفة قاعدتين مهمتين الاولى القول لمن شهد له ظاهر الحال والبينة عن لم يشهد له ٠ لا يكلف من كان القول له لحلف اليمين في سائر الاحوال فاذا اختلف الراهن والمرتهن في قيمة الرهن بعد هلاكه فالقول مع اليمين للمرتهن يستثنى من ذلك بعض مسائل هي :

اولاً : المادة ١٧٧٣ من المجلة ٠

ثانياً : اذا صرف الوصي على الصغير نفقة المثل يصدق بقوله بلا يمين ولا يحلف الا اذا ظهرت خيانته ٠

ثالثاً ٠ اذا باع الحاكم مال الصغير وادعى المشتري رد المبيع بخيار العيب يصدق الحاكم بقوله بلا يمين اذا ادعى كون المشتري ابرأ ذمته من العيب ٠

رابعاً : اذا ادعى رجل على الحاكم بانه اجره مال الوقف او مال اليتيم وانكر الحاكم ذلك يصدق بقوله بلا يمين ٠

خامساً : اذا اشترى الاب داراً للصغير واختلف مع الشفيع بمقدار الثمن يصدق الاب بقوله بلا يمين ٠

سادساً : اذا ادعي الشفيع الشفعة بعقار ادعى ان المشترى قد اشتراه وانكر المشتري الشراء وادعى بان العقار لابنه الصغير يصدق بقوله بلا يمين ٠ (٠)

سابعًا : اذا ادعى امين القاضي بانه باع مال المديون وقبض الثمن ودفعه للدائن يصدق بقوله بلا يمين ٠

مادة ١٧٧١ [اذا اختلف الزوج والزوجة في امتعة الدار التي سكناها فينظر

(٠) الا ان مايتعلق بالشفعة في هذه البنود اصبح لا يعمل به بعد تشكيل الدوائر العقارية

الى الامتعة فان كانت من الاشياء التي تصلح للزوج فقط كالبندقية والسيف او من الاشياء الصالحة لكل من الزوج والزوجة كالاواني والمفروشات ترجح بينة الزوجة واذا عجز كلاهما عن البينة فالقول للزوج مع اليمين يعني اذا حلف الزوج بان تلك الاشياء ليست لزوجته يحكم بكونها له واما في الاشياء الصالحة للنساء فقط كالحلي والبسة النساء فترجح بينة الزوج واذا عجز كلاهما عن البينة فالقول للزوجة مع اليمين الا ان يكون احدهما صانع الاشياء الصالحة للآخر او بائعها فالقول له مع اليمين على كل حال مثلاً القرط حلي مخصوص بالنساء ولكن اذا كان الزوج صائغاً فالقول له مع اليمين]

الوجه فيما يصح لاحدهما وقبول البينة من الطرف الآخر فيه لانه يدعي خلاف الظاهر اما الوجه فيما يصح لكليهما هو ان اليد على الدار الذي يسكنه الزوجان وما فيه للزوج عرفاً وعادةً فدعواها ماليس في يدها من دعوى الخارج وقد وجب اليمين على مقبول القول لان ذلك القول يتضمن الانكار امام تلك الدعوي المجردة واليمين على المنكرين وكذلك اختلاف المؤجر والمستاجر على الامتعة الموجودة في الدار المأجورة فالقول بذلك للمستاجر لان السكن امارة ليد الساكن والبينة للمؤجر لانه خارج ويدعى خلاف الظاهر اما الاختلاف بين الزوجتين الساكنتين في حجرة واحدة بما يصح لها فيقتضي التنصيف بينهما بقولها واذا كانت كل واحدة تسكن غرفة مستقلة فالقول قولها بما في غرفتها . ولا فرق بين ان يكون الزوجان من دين واحد او من اديان مختلفة او كانا كبيرين او صغيرين او كان النكاح قائماً بينهما او غير قائم . وقد حصرت هذه المادة الخلاف في الاشياء الموجودة في الدار التي سكناها اما اختلافهما في غير هذه الاشياء فهو كاختلاف الاجانب في المال تجري فيه باقي احكام هذا الكتاب .

مادة ١٧٧٢] تقوم الورثة مقام المورث عند موت احد الزوجين ولكن اذا عجز كلا الطرفين عن الاثبات على ماذكر فالقول لمن في الحياة منهما مع اليمين في

الاشياء الصالحة لكليهما واذا مات كلاهما معاً فالقول لورثة الزوج في الاشياء الصالحة لكليهما]

والسبب في ذلك هو ان يد الوارث تختلف عن يد المورث والموت كما يبطل الذمة يبطل اليد فتبقى اليد للحي فيما يصلح للزوجين وتنتقل يد ورثة الزوج على الدار بعد وفاته على ماجاء في الفقرة الثالثة من هذه المادة وهذه امور ظاهرة لا تحتاج الى تعليل •

مادة ١٧٧٣ [اذا اراد الواهب الرجوع عن الهبة وادعى الموهوب له تلف الموهوب فالقول له بلا يمين] لان الموهوب له ينكر وجوب الرد فيصدق بقوله اماعدم التحليف فسببه ان الواهب بعد القبض لا يبقى له حق في الموهوب من الحقوق التي تثبت بالبينات عند التجاحد وحق الرجوع من الحقوق المعنوية التي تسقط بوجود احد الموانع ومن جملتها هلاك الموهوب اما لو ادعى الواهب الرجوع بمال موجود بيد الموهوب له مدعياً انه هو المال الموهوب وادعى الموهوب له ان المال الموهوب غير هذا وقد تلف فيحلف اليمين على انكاره هذا اذا عجز الواهب عن الاثبات وكذا اذا اختلف الواهب والموهوب له بشرط العوض صدق الموهوب له بلا يمين •

مادة ١٧٧٤ [الامين يصدق بيمينه في براءة ذمته كما اذا ادعى المودع الوديعة وقال الوديع انا رددتها اليك فالقول له مع اليمين ولكن اذا اراد ان يقيم البينة ليخلص من اليمين فتسمع بينته] وكذلك احد الشريكين في مال الشركة والوكيل والمستبضع والمضارب والقاضي وامينه ووصي القاصر ووصي المحجور وقيم الوقف يصدق كل واحد منهم بقوله الدال على رد الامانة بنفسه او بأمينه او انها تلفت بدون تعد وتقصير او صرف منها مقدار كذا على القاصر او الوقف اذا كان ظاهر الحال لايكذبه وذلك لان الامين منكر لوجوب الضمان وعلى المنكر ان يؤيد انكاره باليمين • اما قول المادة (ولكن اذا اراد الخ) وجهه ان البينات وان كانت لم تشرع للنفي غير ان النفي اذا اشتد ثبوته على فعل حسي تمكن

معاينته مثل الصرف والتلف والرد تسمع به البينة ولا يتوقف قبولها في محل اليمين على رضاء الخصم لامكان احاطة غير المدعى عليه بمفادها ·

مادة ١٧٧٥ [اذا اعطى من عليه ديون مختلفة لدائنه مقداراً من الدين فالقول له فيما اذا ادعى انه اعطاه محسوباً بدينه الفلاني]

اي ان الديون المختلفة السبب والمتحدة الجنس لشخص اذا ادي المديون واحداً منها فالقول قوله في تعيين جهة الاداء واذا اختلف الجنس بان كان مديناً بألف ذهباً و بألف فضة وادعى اداء الذهب عن الفضة فالقول للدائن لان قول المديون يخالف الظاهر لانه يتضمن عقد معاوضة بينه و بين الدائن ببيع احد النقدين بالآخر · وقد سكتت المادة عن تحليف المدين اذ لا يمين عليه لان المدين لم يدفع بقوله حقاً يقرره المدعي بدعواه وتقديم اداء احد الدينين على الآخر ليس من حقوق الدائن ·

مادة ١٧٧٦ [بعدما انقضت مدة اجارة الرحى اراد المستأجر حط حصة من الاجر مدة انقطاع الماء في اثناء مدة الاجارة ووقع بين الآجر والمستأجر اختلاف ولم تكن هناك بينة ينظر فان كان مقدار مدة الانقطاع مثلاً اذا ادعى المستأجر عشرة ايام والمؤجر خمسة ايام فالقول للمستأجر مع اليمين وان كان الاختلاف في اصل الانقطاع يعني ان انكر المؤجر انقطاع الماء بالكلية يحكم الحال الحاضر يعني يجعل حكماً وهو انه اذا كان الماء جارياً في وقت الدعوى والخصومة فالقول للمؤجر مع اليمين واذا كان في ذلك الوقت منقطعاً فالقول للمستأجر مع اليمين]

وقد قبلت الفقرة الاولى من هذه المادة قول المستأجر مع اليمين لان الطرفين قد اتفقا على حصول السبب المسقط فيكون المستأجر بدفعه هذا منكراً لاستحقاق المؤجر للاجرة في مدة انقطاع الماء اما اذا اختلفا في اصل انقطاع الماء ينظر الى الحال المشاهد وقت الدعوى و يجعل حكماً وتكون البينة للطرف الذي يدعي خلاف الظاهر

مادة ١٧٧٧ [اذا اختلف في طريق الماء الذي يجري الى دار احد بانه حادث اوقديم وادعى صاحب الدار بكون المسيل حادثاً وطلب رفعه ولم يكن لكلا الطرفين بينة ينظر فان كان في وقت الخصومة يجري الماء في المسيل او يعلم جريانه قبل ذلك يبقى على حاله و يكون القول لصاحب المسيل مع اليمين يعني يحلف على عدم كون المسيل حادثاً وان كان لم يجر الماء من المسيل في وقت الخصومة ولم يعلم جريانه قبل ذلك فالقول لصاحب الدار مع اليمين]

اما اذا ادعى المدعى حق اجراء الماء وتسييله تسمع دعواه ولا يكلف لاثبات القدم ولا تكفي في ذلك البينة على تسييل الماء لامكان وقوع التسييل غصباً او في ارض معارة او مأجورة

✡✡✡

الفصل الرابع

في التحالف

مادة ١٧٧٨ [اذا اختلف البائع والمشتري في مقدار الثمن او المبيع او كليهما او في وصفهما او في جنسهما فيحكم لمن اقام منهما البينة وان اقام كلاهما البينة يحكم لمن اثبت الزيادة منهما وان عجز كلاهما عن الاثبات يقال لهما اما ان يرضى احدكما بدعوى الآخر او يفسخ البيع وعلى هذا ان لم يرض احدهما بدعوى الآخر حلف الحاكم كلاً منهما على دعوى الآخر و بدأ بالمشتري فاذا نكل احدهما عن اليمين ثبتت دعوى الآخر واذا حلف كلاهما فسخ الحاكم البيع] انظر المادة (٩)

الفقرة الاولى والثانية ليستا من مسائل الفصل · وانما ذكرتهما المجلة لتصوير مايقع فيه التحالف فاذا ادعي المدعي بان ثمن الفرس ستة الاف وادعى المشتري بان الثمن خمسة الاف او ادعى المدعي وقوع البيع على الف جياد وادعى المشتري وقوع البيع على الف مغشوشة او ادعى المدعي وقوع البيع على عشرة دنانير وادعى المشتري وقوعه على عشرة دراهم او ادعى المشتري على انه اشترى بقرة وفرساً بخمسة الاف وادعى البائع ان المبيع هو الفرس فقط او ادعى البائع ان الحنطة المباعة جيدورية وادعى المشتري انها بياضية او ادعى البائع انه باع شعيراً او ادعى البائع انه باع حنطة ففي جميع هذه الصور يحكم لمن اقام منهما البينة وان اقاما كلاهما البينة يحكم لمن اثبت الزيادة منهما كما هو صريح عبارة هذه المادة · واذا وجدت الزيادة في دعوى كل منهما اقام مدعي الزيادة البينة على دعواه واثبتها فاذا ادعى البائع بانه باع فرساً بخمسة الاف قرش وادعى المشتري بانه اشترى فرساً وجملاً باربعة الاف قرش تطلب البينة من كل منهما على ما ادعاه من الزيادة · واذا عجز من ادعى الزيادة في هذه الاحوال عن اثبات دعواه حلف خصمه اليمين فاذا حلف الخصم وجب الفسخ لتحقق الفساد في هذه العقود بعد الحلف · وقد بديء بيمين المشتري لانه اول الخصمين انكاراً ولانه يطالب بالثمن قبل ان يطالب بتسليم المبيع ولا بد من وقوع التحالف على ماذكر حال قيام المبيع عملا بحديث (اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا) ولا تحالف اذا هلك المبيع ·

مادة ١٧٧٩ [اذا اختلف المستأجر قبل ان يتصرف في المأجور مع المؤجر في مقدار الاجرة مثلاً بان ادعى المستاجر ان الاجرة عشرة دنانير وادعى المؤجر انها خمسة عشر ديناراً تقبل دعوى من اقام البينة منهماوان اقاما كلاهما معاً البينة يحكم ببينة المؤجروان عجزا عن الاثبات يحلفان معاً ويبدأ بتحليف المستاجر اولاً ويلزم من نكل بنكوله فان حلف كلاهما فسخ الحاكم الاجارة واذا اختلفا في المدة والمسافةفالحكم على هذا الوجه الا انهاذا قام كلاهما البينةيحكم ببينة المستاجر ويبدأ بتحليف المؤجر في صورة التحالف]

لان اختلاف المستاجر والمؤجر قبل قبض المأجور في بدل الاجارة او نوعه او وصفه او في

مدة الاجارة والمسافة كحكم الاختلاف الحاصل بين البائع والمشتري قبل هلاك المبيع المتقدم ذكره في المادة السابقة و يعتبر بدل الاجارة كالثمن والمنفعة كالمبيع الا انه لا يطرد هنا تحليف المستاجر اولاً لان المستاجر لا يكلف بدفع الاجرة اولاً خلافاً لدفع الثمن في البيع كما ذكرنا ذلك مفصلاً في كتاب البيوع وانما يحلف المستأجر اولاً لانه منكر للزوم الاجرة المدعي بها ولا يقال بان المنفعة زائلة فلا يجوز التحالف عملاً بقيام المبيع لان المنفعة وان كانت زائلة الا ان مكانها موجود ٠

مادة ١٧٨٠ [اذا اختلف المؤجر والمستأجر كما ذكر في المادة الآنفة بعد انقضاء مدة الاجارة فالقول للمستاجر مع اليمين وليس هنالك تحالف]

وقد قلنا بتحليف المستأجر لانه ينكر الزيادة لان المنفعة الزائلة كالمبيع الهالك ٠ واذا اختلفا في المدة يحلف المؤجر

مادة ١٧٨١ [اذا اختلف المؤجر والمستاجر في مقدار الاجرة في اثناء مدة الاجارة فيجري التحالف ويفسخ عقد الاجارة في حق المدة الباقية و يكون القول للمستاجر في حصة المدة الباقية] لان المستاجر يستوفي المنفعة مدة بعد مدة ووقتاً بعد وقت فتعتبر المنافع المستقبلة كالمبيع الموجود اما ما مضى من المنفعة هو في حكم المبيع الهالك و يحلف المستاجر من اجله خلافاً للبيع فاذا هلك بعض المبيع يحلف المشتري فقط على ما سيأتي في المادة ١٧٨٢ لان البيع وقع على جميع المبيع لا على اجزائه فاذا هلك البعض تعذر الفسخ في المقدار الهالك واعتبر الفسخ متعذراً في الباقي ايضاً حذراً من تفرق الصفقة

مادة ١٧٨٢] اذا اختلف المتبايعان بعد ان تلف المبيع في يد المشتري او حدث فيه عيب مانع للرد فلا يجري التحالف و يحلف المدعي فقط] انظر المادة (١١)

لان التحالف بعد تعذر رد العين كلاً او قسماً غير جائز ٠ و يشترط لصحة هذا الحكم تلف المبيع بيد المشتري فاذا تلف في يد البائع فسخ البيع و يمنع التحالف اذا حصل زيادة متولدة في المبيع متصلة كانت او منفصلة وحصل في المبيع زيادة متصلة غير متولدة او تغير اسمه اما الزيادة المنفصلة غير المتولدة فانها لا تمنع التحالف بالاتفاق ٠

مادة ١٧٨٣ [ليس في دعوي الاجل يعني في كونه موجلاً اولا وفي شرط الخيار وفي قبض كل الثمن او بعضه تحالف وفي الصور الثلاث بحلف المنكر]

معناه اذا اتفق المتعاقدان على وقوع عقد المعاوضة المستوفى لشروطه وحصل الخلاف فيما لا يؤثر على صحة العقد وفيما يثبت في بعض العقود دون البعض الآخر لا يشرع التحالف كما اذا وقع الخلاف في وقوع العقد وعدم وقوعه والوجه انه لا يوجد دعوتان يقابلهما انكاران وانما يوجد دعوى واحدة يقابلها انكار واحد فيجب تحليف المنكر فقط وكذلك دعوى الاجل ودعوى الخيار ودعوى اشتراط اعطاء الرهن والكفيل لا يجري فيها التحالف . ومن هذا يتضح بان صور الخلاف التي يجب فيها يمين المنكر فقط لا تنحصر في الصور الثلاثة المحررة في المادة .

انتهى كتاب البينات والله سبحانه وتعالى اعلم



الكتاب السادس عشر

[في القضاء ويشتمل على مقدمة واربعة ابواب]

القضاء هو الحكم وفصل الخصومة وهو معروف قبل ظهور الأسلام بدليل قوله تعالى (انا انزلنا التوراة فيه هدى ونور يحكم فيها النبيون) و (يا داوود انا جعلناك خليفة في الارض فاحكم بين الناس بالحق ولا تتبع الهوى) وقد امر به الرسول صلى الله عليه وسلم بقوله تعالى (وان احكم بينهم بما انزل الله) ولا يمكن لحكومة من الحكومات ان تستغني عنه لانه واجب لفصل مايقع بين الناس من النزاع على ما صار محرزاً من المباحات • على ان القضاء يقترب من العدل و يبتعد عنه بمقدار متانة طرقه وملائمة اسلوبه فكلما كان متيناً واسلوبه ملائماً ظهر عنه نتائج حسنة في عالم الحياة واني ارى العالم باسره مديون الى الشرق الادنى فيما يعود الى القضاء ونظاماته وسهولة وضعه وطرق الاجتهاد العديدة التي لم تترك اصغر الحوادث المدنية بدون نص صريح او ضمني لأن حقوق الرومان وهي اهم الحقوق الغربية وامها تقول ان طرق القضاء هي (الماء البارد والماء الحار والحديد المحمي والصليب والمصارعة) وقد ذكرت هذه الحقوق اصولاً بتطبيق هذا القضاء لا نرى حاجة لذكرها واذا رجعنا الى تشريعنا لوجدنا ان القانون عندنا ارهب واعدل واقرب الى تأمين الحياة الاجتماعية من ماسواه وان اصول المحاكمة واعطاء الحكم في الشرع الاسلامي مبنية على سهولة وسرعة لا مثيل لها في عالم التشريع واذا صرنا في الايام الاخيرة الى مانحن عليه فهذا لم يكن حاصلاً بسبب نقص بالقانون بل ان محصله هو النقص في من تولوا تطبيق القانون • والقضاء في الشرع الاسلامي من اقوى الفرائض بعد الايمان بالله تعالى • قال عليه الصلاة والسلام (عدل ساعة خير من عبادة ستين سنة) وتجري فيه الاحكام من فرض ووجوب واباحة و كراهة • واركانه هي حكم ومحكوم به ومحكوم له ومحكوم عليه وحاكم وطريق اما الطريق فهو اسباب الحكم كالبينات واليمين والنكول والدعوى في حقوق العباد والقسامة وعلم الحاكم بالحادثة في قول المتقدمين •

المقدمة

في بعض الاصطلاحات الفقهية

مادة ١٧٨٤ [القضاء يأتي بمعنى الحكم والحاكمية] ومنه قوله تعالى (وقضى ربك ان لا تعبدوا الا اياه) اي حكم . وقد يقصد من القضاء ايضاً ايقاع الحكم من ذي الصلاحية القانونية في الحادثة فيقال لهذا الحاكم حق القضاء في هذه الحادثة او ليس له حق القضاء كما هو محرر في المادتين ٤٨ و ٤٩ من قانون اصول المحاكمات الحقوقية .

مادة ١٧٨٥ [الحاكم هو الذات الذي نصب وعين من قبل السلطان لأجل فصل وحسم الدعوى والمخاصمة الواقعة بين الناس توفيقاً لاحكامها المشروعة ...]

وقد احس الناس من القديم بلزوم الحاكم في كل محيط اجتمع فيه جماعة من البشر ومنه قوله تعالى (انا ارسلناك بالحق تحكم بين الناس بما اراك الله ولا تكن للخائنين خصيماً) .

ويجب على الحاكم ان يصدر حكمه بصورة توافق الاحكام المشروعة والا فاذا حكم الحاكم خطأ في حقوق العباد يبطل حكمه واذا نفذ يرد الحق الى صاحبه واذا حكم الحاكم في حقوق العباد جوراً وظلماً واقر بذلك يضمن ماحكم به من ماله ويعزل ويعزر واذا حكم الحاكم في حقوق الله خطأً كحكمه بشهادة الرقيق بحد الزنا او القذف يبطل واذا نفذ فالضمان من بيت المال واذا حكم الحاكم بهذه الحقوق جوراً وظلماً واقر بذلك يضمن ماحكم به من ماله ويعزر .

ويجب ان يكون الحاكم منصوباً من قبل السلطان والا لا يعتبر حكمه الا اذا كان محكماً والحكم غير الحاكم .

مادة ١٧٨٦ [الحكم هو عبارة عن قطع الحاكم المخاصمة وحسمه اياها وهو على قسمين، الاول هو الزام الحاكم المحكوم به على المحكوم عليه بكلام كقوله حكمت او اعطى الشيء الفلاني الذي ادعى عليك به ويقال لهذا قضاء الالزام وقضاء الاستحقاق . والقسم الثاني هو منع الحاكم عن المنازعة بكلام كقوله ليس لك حق او انت ممنوع

عن المنازعه و يقال لهذا قضاء الترك ...]

و يحترز بكلمة الحاكم الواردة في هذه المادة من المصالح لان عمل المصالح يسمى مصالحة لاحكم ولو كان المصالح هو نفس الحاكم و ينقسم الحكم الى اثبات والزام . فالاثبات هو ما يثبت في الشرع على وجه عام لكل من قام به سبب كحق الشفعة فالحكم به لمن توفرت به اسبابه والالزام هو ما يثبت بسبب خاص كبدل القرض وثمن المبيع و بدل الأجارة لأن الحكم بهذه المسائل ينحصر بمن قام به سبب هذه الافعال .

و يقسم قضاء الترك الى ثلاثة انواع :

الاول في الدين فاذا ادعى المدعي بدين وعجز عن اثباته بعد الانكار وحلف المدعى عليه اليمين يحكم بعدم معارضة المدعى الى المدعى عليه بما ادعاه عليه .

الثاني في العين التي وجدت في يد الشخص الثالث فاذا ادعى اثنان استحقاق عين موجودة بيد شخص ثالث بالاستقلال وعجزا عن الاثبات وحلف ذو اليد اليمين بدعوى كل منهما تبقى العين بيد ذي اليد .

الثالث القضاء في عين موجودة بيد احد المتداعيين فاذا لم يثبت الخارج دعواه وحلف واضع اليد اليمين تبقى العين بيد المدعى عليه ذي اليد .

و يفترق قضاء الاستحقاق عن قضاء الترك بوجهين : الاول المقضى عليه بقضاء الاستحقاق يكون مقضياً له بتلك الحادثة اما المقضى عليه بقضاء الترك بحادثة تسمع دعواه و بينته . الثاني : الشخص الثالث اذا ادعى ملكية المال المدعى به بالاستحقاق تسمع دعواه اذا ادعاها بعد قضاء الترك ولا تسمع اذا ادعاها بعد قضاء الاستحقاق مالم يدع تلقي الملك من جهة المقضى له .

مادة ١٧٨٧ [المحكوم به هو الشيء الذي الزمه الحاكم على المحكوم عليه وهو ايفاء المحكوم عليه حق المدعى في قضاء الالزام وترك المدعى المنازعة في قضاء الترك ..]

و ينقسم المحكوم به الى اربعة اقسام :

الاول : حق الله تعالى كحد الزنا وحد الشرب .

الثاني : حق العبد وهو سائر الحقوق المعروفة في المعاملات .

الثالث : الحق المخرج الذي غلب فيه حق العبد كالقصاص والتقرير .

الرابع : الحق الممزوج منهما الذي غلب فيه حق الله تعالى كحد القذف وحد السرقة .

مادة ١٧٨٨ [المحكوم عليه هو الذي حكم عليه] وهذا اما ان يكون معيناً وواحداً او اكثر من واحد وهذا معلوم واما ان يكون غير معين كالحكم لشخص بحرية اصلية في دعوى شخص انه معتقه لاجل ان يرثه فالحكم في هذه الصورة يعم سائر الناس لا المحكوم عليه في الدعوى اما الحكم بوقفية العقار او الملك فهو ليس على سائر الناس لامكان اقامة الدعوى بالمرقوف من غير المحكوم عليه .

مادة ١٧٨٩ [المحكوم له هو الذي حكم له] ويشترط للمحكوم له في حقوق العباد ان يكون قدم دعوى صحيحة رأساً او بواسطة وكيله وان يكون حاضراً هو او من يقوم مقامه . اما في حقوق الله فالمحكوم له هو الشرع ولا يشترط سبق الدعوى في مثل هذه الاحكام وتسمع فيها الشهادة الحسبة .

مادة ١٧٩٠ [التحكيم هو عبارة عن اتخاذ الخصمين حاكماً برضاهما لفصل خصومتهم ودعواهم ويقال لذلك حكم بفتحتين ومحكم بضم الميم وفتح الحاء وتشديد الكاف المفتوحة . .]

معناه ان الحكم هو تفويض المتنازعان حل ما بينهما من الخلاف من هو اهل للحكم بجميع شروطه سواء كان المتنازعان شخصين او اكثر فلا يصح تحكيم الصبي المميز ولو حكم بعد بلوغه مالم تلحق هذا الحكم الاجازة .

مادة ١٧٩١ [الوكيل المسخر هو الوكيل المنصوب من قبل الحاكم للمدعى عليه الذي يمكن احضاره بالمحكمة] . اي عن الشخص المتواري عن العين ولم يكن احضاره جبراً ممكناً . وقد عدلت هذه المادة بذيل قانون اصول المحاكمات الحقوقية اذ اصبح بمقتضى هذا هذا الذيل من واجب الحاكم ان يحكم على المدعى عليه بغيابه اذا تبلغ ولم يحضر دون ان ينصب له وكيلاً يدافع عنه .

«الباب الاول»

في الحكام ويحتوي على اربعة فصول

الفصل الاول

في بيان اوصاف الحاكم

مادة ١٧٩٢ [ينبغي ان يكون الحاكم حكيماً فهيماً مستقيماً واميناً مكيناً متيناً]

الحكيم من يضع الشيء في موضعه و ينتظر للامر في وقته فلا يقدم دعوى على دعوى تقدمتها بدون سبب مشروع يدعو تقديمها والاستعجال بها ولا يسرع بفصل الجرائم في ايام الفتن لأن ذلك يزيد في الفوضى . وكذلك الحكيم هو العادل وقد ورد بالكتاب الكريم (ان الله يأمر بالعدل) و (ان الله لا يحب المقسطين) . وكذلك الحكيم هو العاقل لأن العقل قوة لأجل ان تستعد النفوس للأدراك بسببه ولذلك لا يوجه القضاء للأحمق .

اما الفهيم فهو من كان قادراً على فهم كلام المتداعيين واقفاً على ما في ذلك من المعاني من دون تردد ولا تشكيك ومن كان ايضاً واقفاً على وجوه الفقه وعالماً بالسنة حتى ان الرسول عليه الصلاة والسلام لما ارسل معاذاً الى اليمن سأله بماذا تحكم يامعاذ فاجابه بقول الله تعالى فقال له اذا لم تجد ذلك في كتاب فاجابه بسنة رسوله فقال له واذا لم تجد ذلك فأجابه اجتهد فقال الرسول علية الصلاة والسلام الحمد لله الذي وفق رسول رسوله بما يرضى به رسوله .

اما المستقيم فهو من استقامت اطواره في نفسه وفي معاملته مع غيره فلا يجوز للحاكم ان يكون معنداً ولا ان يقبل الهدية ولا مرتشياً ولا مختلاً في ناموسه كمحدود في القذف ويجب ان يكون شديداً بدون عنف وليناً بدون ضعف وعبوساً بدون غضب ومتواضعاً من غير وهن ولا يجوز ان يكون سيء الخلق ، صافي القلب ، خشناً ، شديداً ، جباراً ، متكبراً . اما الأمين فهو الذى لا يخون فيما بيده من الأموال ولا فيما ودع لعهدته من الاحكام ومهام الأمور فلا يجوز ان يكون غداراً او خائناً .

اما الحكيم فهو المتمكن بهذه الصفات من حيث تكون متحققة فيه بنتيجة تربية ثابتة وتعليم صحيح لا عن خوف العزل او خوف اولياء الامر او رغبة في اكتساب الصيت والشهرة لان صفة المكانة تزول بزوال هذه الاسباب ٠

اما المتين فهو الشجاع القوى القلب الذي لا تمنعه صولة الامراء واموال الاغنياء عن احقاق الحق والاخذ به للضعيف من القوي ٠

ولا يخفى ان من اجتمعت فيه هذه الصفات كان اهلاً للحكم بالنظر لجميع قوانين العالم المدنية على انني لم ار قانوناً في العالم جمع صفات الحاكم بصورة سهلة ممتنعة كالمجلة حيث جمعت اوصاف الحاكم فأوعت ٠

ماده ١٧٩٢ [ينبغي ان يكون الحاكم واقفاً على المسائل الفقهية وعلى اصول المحاكمة ومقتدراً على فصل وحسم الدعاوي الواقعة تطبيقاً لهما ٠٠]

وذلك قبل قبول القضاء فيجب على الحاكم ان يكون قادراً على تفريق المدعى من المدعى عليه وواقفاً على شروط الدعوى ويعرف الفاسد والباطل منها وان لا يهجم على القضاء وهو يجهل المسائل الشرعية

ماده ١٧٩٤ [يلزم ان يكون الحاكم مقتدراً على التمييز التام بناء عليه لا يجوز قضاء الصغير والمعتوه والاعمى والاصم الذي لا يسمع صوت الطرفين القوي ٠٠]

فالتمييز التام يحصل بكمال العقل وتوفر الحواس اما ناقص العقل فقوله لا ينفذ على نفسه حتى ينفذ على غيره وكذلك فانه لا يميز بين الطرفين والشهود وقد قبلت اشارة الاخرس بحق نفسه تأميناً لاحتياجاته وهنا لا حاجة لقبول حكمه ٠ اما الذكورة فهي ليست بشرط للحكم وقال ابو حنيفة انها تقضى بغير الحدود والقصاص وكذلك العداوة فانها وان تكن لا تمنع القضاء عند اكثر الفقهاء الا ان قانون اصول المحاكمات الحقوقية احدث طريق رد الحاكم للقاضي اذا وجد بينه و بين احد الطرفين عداوة الا ان هذا مقيد بالطلب من احد الخصمين او بانسحاب القاضي من الدعوي اذا آنس من نفسه ميلاً لأضرار عدوه بقوة وظيفته ٠

***

الفصل الثاني

(في بيان آداب الحاكم)

الاداب جمع الادب والادب هو التخلق بالمزايا الحسنة في معاشرة الناس ومعاملتهم وادب الحاكم هو بسط العدل ودفع الظلم وترك الميل والمحافظة على حدود الشرع والجري على سنن السنة ·

ماده ١٧٩٥ [يجتنب الحاكم الافعال والحركات التي تزيل مهابة المجلس كالبيع والشراء والملاطفة في المجلس]

اي ان يكون الحاكم مثال الوقار وان يجتنب كل عمل يضعفه كالدخول في عقود المعاوضة لنفسه في مجلس الحاكم مع الطرفين او غيرهما وكذلك الملاطفة لان هذه العقود والاعمال تقع غالباً بين الاشخاص ذوي الصفات المتقاربة · ويجب على الحاكم ان يجتنب المزاح ايضاً ولو لاجل تطييب القلوب ولو في غير مجلس الحاكم حتى ان عمراً رضي الله تعالى عنه لما عين شريحاً قاضياً اشترط عليه بأن لا يشتغل بالبيع والشراء وان لا يأخذ الرشوة · ويجوز للحاكم ان يبيع ويشتري لغيره اي لليتيم مثلاً وله ان يبيع مال الميت · وعلى كتاب الحاكم وامنائه ان يكونوا قادرين على تدوين الوقائع وحفظ اوراق الضبط والسجلات والأوراق وعلى الخدمة ان يحافظوا على مهابة المجلس ويمنعوا الناس من التشويش ومن الحركات المخلة بالآداب

مادة ١٧٩٦ [الحاكم لا يقبل هدية اي كان من الخصمين] · لانه يأخذ رزقه من بيت المال بمقابل حبس نفسه · وليس له ايضاً ان يأخذ سلعة بأقل من قيمتها اومأجوراً بأقل من اجرته او ان يستقرض او ان يستعير مالاً من احد الطرفين وقد قال تعالى (ولا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها الى الحكام لتأكلوا فريقاً من اموال الناس وانتم تعلمون) · اما الهدية الى الحاكم من قريبه او صديقه بالقدر الذي كان يهدى له فليست برشوة ولا محظورة · وكذا لا يجوز للحاكم ان يأخذ هدية غير الخصمين واذا اخذ الحاكم هدية وجب عليه ردها

عيناً او مثلا او قيمة لانها بحكم المال المغصوب · ويجوز للحاكم ان يقبل الهدية ممن قلده القضاء ومن رحمه ومن صديقه الذي كان يهديه قبل ان يتقلد القضاء انما يجب ان لا يكون للمهدي دعوى عند الحاكم المهدى له ·

وقد قال عمر بن عبد العزيز (كانت الهدية في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم هدية واليوم رشوة) وانما الهدية للحاكم من القريب والصديق الذي اعتاد مهاداته قبل الحكم فليست بمحظورة عليه اذا كانت بقدر ما كان معتاداً ولم تكن له عنده دعوى · واذا علم الحاكم بصاحب الهدية ردها له والا ردها لبيت المال كما فعل عمر بالهدايا التي ضبطها من ابي هريرة · ولا فرق ان يكون الاعطاء قبل الحكم او بعده لاتحاد العملة ·

بقي علينا مسئلة واحدة وهي هل ان الحاكم اذا حكم بعد اخذ الرشوة حكماً موافقاً للشرع والقانون ينفذ حكمه او لا ينفذ تلك مسئلة مختلف بها والاصح اعتبار حكمه اذا كان موافقاً للشرع والقانون ·

مادة ١٦٩٧ : [الحاكم لايذهب الى ضيافة اي كان من الخصمين]

سواء كانت الضيافة عامة او خاصة بالحاكم لما في ذلك من كسر قلب الطرف الاخر وحصول الظن الغالب عنده بان الحاكم سيحكم عليه اما العامـة فاذا كانت عند غير المخاصمين فيمكن للحاكم ان يلبي الدعوة من اجلها اما الخاصة وهي الضيافة التي لا يلبي المدعوون من اجلها الدعوة الا اذا ذهب القاضي فليس للحاكم ان يذهب اليها الا اذا كان صاحب الدعوة من ذي رحم القاضي ومحرمه او كان قد اعتاد بان يدعيه قبل ان يتقلد القضاء · اما الجنازة وعيادة المريض فلا يمنع الحاكم من الذهاب اليهما ولو كان الميت او المريض من الخصمين او من احد اقربائه

مادة ١٧٩٨ [الحاكم لايوجد في حال وحركة توجب التهمة وسوء الظن كقبول احد الطرفين في داره والخلوة في مجلس الحكم معه او الاشارة بالعين او اليد او الرأس الى احدهمـا كلاماً خفيفاً او قوله لاحدهما كلاماً بلسان لم يفهمه الآخر ٠٠٠]

والاصل في المتع قوله (صلعم) [دع ما يريبك الى ما لا يريبك) لان ذلك يجلب الريبة في قلب الطرف الآخر بان الحاكم متواطئ مع خصمه على ابطال حقه· وللحاكم ان يدعي الطرفين لضيافة واحدة او لداره· وليس له ان يصيح في وجه احد الخصمين ولا ان يحقره وله تعزيره اذا انتهك حرمة القضاء والمجلس وليس له ذلك اذا شتم خصمه لان سيق الدعوى من شروط الحكم (راجع المادة ١٨٢٩ من المجلة والمادة ٢١٤ من قانون الجزاء) (١)· وليس للحاكم ان يقبل استدعاآت من احدٍ والاليق به الانتظار الى نهاية المجلس·

ماده ١٧٩٩ [الحاكم مأمور بالعدل بين الخصمين بناء عليه يلزمه ان يراعى العدل والمساواة في المعاملات المتعلقة بالمحاكمات كاجلاس الطرفين واحالة النظر وتوجيه الخطاب اليهما وان كان احدهما من الاشراف والآخر من احد الناس]

وليس له تفضيل احدهما على الآخر ولو كان اشرف او اعلم او امتن او اصلح منه ودليل هذه المسئلة قوله (صلعم) (اذا ابتلى احدكم بالقضاء فليسو بين الخصوم في الجلوس والنظر والاشارة ولا يرفع صوته على احد الخصمين دون الآخر)· اما تلقين احد الطرفين دعواه ودفاعه بصورة توافق قوله تمام الموافقة اذا كان لا يقدر على اصاغة الكلام وايضاح المرام فهو ليس بممنوع عند ابي يوسف وقد قبل ذيل قانون اصول المحاكمات الحقوقية هذا القول كما وان قانون حكام الصلح وقانون اصول المحاكمات الشرعية قد قبلاه ووضعاه موضع العمل والتنفيذ اما تلقينه من الكلام ما لم يقله فهذا غير جائز بالاجماع وكذلك تلقين الحاكم الالفاظ الذي توجب قبول شهادة الشاهد كسؤاله عن اسم اب وجد المشهود عليه الغائب وقوله له هل تشهد بما قلت جائز اما تلقينه ما يزيد عما تكلم به فغير جائز بالاتفاق كمن ادعى بالف واقام بينة على الفين فليس للحاكم ان يقول للشاهد لعل المدعي ابرأ المدعى عليه من الف·

* * *

(١) لكن قانون اصول المحاكمات اجاز للحاكم توقيف احد الطرفين اذا حضر الطرف الآخر وارساله الى المحكمة الايجابية لان تحقير الخصم رفيقه في مجلس القضاء يعتبر تحقيراً حطاً من كرامة المجلس

الفصل الثالث

[في بيان وظائف الحاكم]

مادة ١٨٠٠ [الحاكم وكيل من قبل السلطان لاجراء المحاكمة والحكم] والحاكم اكبر حاكم مدني على الامة في فصل الخصومات بين الافراد وقد ثبت ذلك بمباشرة الرسل كثير من الدعاوي بانفسهم كداوود وسليمان ومحمد عليهم صلواة الله اجمعين وكذلك الخلفاء الراشدين وبنوا امية فقد باشروا الحكم بانفسهم اما القضاة حيث كانوا منصوبين من قبل الملوك وحكمهم يستند نفاذه على تفويضهم فصار حكمهم من قبل الوكالة اما القول بان الحاكم وكيل السلطان فليس له ان ينظر بالدعوى المقامة للسلطان اوعليه فهو غير مقبول لان متانة الحاكم وعدم امكان رؤية الدعوى بدون واسطة وعدم وجود مايمنع قبول الشهادة بين الحاكم واحد الطرفين مانع لقبول هذا الرأي واذا رجعنا الى التاريخ نرى ان علياً تحاكم مع موسوي عند شريح وهارون الرشيد تحاكم مع مسيحي عند ابي يوسف وصدر الحكم في الحادثتين على حاكم الامة العام والمدقق في سيرة هذين الحاكمين يعلم ان كل واحد منهما قد دخل في تلك المحكمة ليتميز مقدار ماعند حاكمه من المتانة وليكون ذلك حجة للسلف ولا يقال بان للسلطان عزل الحاكم من قضائه وان الحاكم المهدد بالعزل لايمكنه ان يحيد قيد انملة عن امر السلطان لان الحاكم لا يعزل الا اذا اقترف امراً يوجب عزله وقد ورد في شرح المجلة للاستاذ علي حيدر افندي بان الحاكم وكيل عن السلطان فتسقط وظيفته بالامور التي بها تسقط الوكالة وهي العزل والانعزال الا انني ارى ان الحاكم وان كان وكيلا عن الملك الا انه لا يعزل من الوكالة لهذه الاسباب لتعلق حق الغير — وهو حق الامة — بها

مادة ١٨٠١ [القضاء يتقيد ويتخصص بالزمان والمكان واستثناء بعض الخصوصات مثلا الحاكم المأمور بالحكم بمدة سنة يحكم في تلك السنة فقط وليس له ان يحكم في قضاء آخر والحاكم المنصوب على ان يحكم في محكمة معينة يحكم في تلك المحكمة فقط وليس له ان يحكم في محل آخر وكذلك لو صدر امر سلطاني بان تسمع الدعوى المتعلقة بالخصوص الفلاني لملاحظة عادلة تتعلق بالمصلحة العامة ليس للحاكم

ان يستمع تلك الدعوى و يحكم بها او كان الحاكم بمحكمة ماذوناً باستماع بعض الخصوصات المعينة فله ان يسمع الخصوصات التي اذن بها وان يحكم فيها فقط وليس له استماع ما عداها والحكم بها و كذلك لو صدر امر سلطاني بالعمل برأي مجتهد في خصوص لما ان رأيه بالناس ارفق ولمصلحة العصر اوفق فليس للحاكم ان يعمل برأي مجتهد آخر مناف لرأي ذلك المجتهد واذا عمل فلا ينفذ حكمه ..]

بما ان الحاكم وكيل من قبل السلطان فالقضاء ايضاً يتقيد بالزمان والمكان و ببعض الخصوصات و يضاف الى الزمان المستقبل و يعلق على الشرط كالوكالة فلو منع الحاكم مثلا من سماع الدعوى لمرور الزمن او لكونها من دعاوي التصرف بالاموال غير المنقولة التي منع قانون التصرف سماعها بدون مستند خاقاني في الاماكن التي جرى فيها التحرير والتحديد فليس له ان يرى تلك الدعوى واذا رآها يفسخ حكمه او ينقض وكذلك مايسلب وظيفة الحاكم من حادثة معلومة كرؤية دعوى العقار في القضاء الذي وجد به العقار ورؤية دعوى الدين في محكمة المدين الدائمة والموقتة الى آخر ماهنالك من المسائل الوارد ذكرها في المادة الاولى من ذيل قانون اصول المحاكمات الحقوقية فهي امور توجب على الحاكم رد الدعوى اذا طلب الخصم ردها قبل اعطاء الجواب بحق اساس الدعوى على ماورد في المادة التاسعة والاربعين من قانون اصول المحاكمات الحقوقية . ولا فرق بين ان يكون مامنع الحاكم عن رؤيته من الدعاوي موافق لرأي السادة الحنفية او لرأي غيرهم من الفقهاء كالنصوص الواردة في قرار حقوق العائلة العثماني ومسئلة التفريق المنصوص عنها بامر المشيخة الاسلامية عند غياب الزوج عن المدينة وترك الزوجة بدون نفقة ولا منفق لان الحاكم مجبور على العمل برأي اي مجتهد كان بعد صدور الامر السلطاني القاضي بلزوم العمل بمقتضاه .

اما عبارة (الحاكم المأمور بالحكم بمدة سنة الخ) ليست باحترازية لان للسلطان ان يأذن للحاكم برؤية الدعاوي بدون تقييد بمدة والسبب لهذا التقييد هو اعطاء الوقت المناسب الى الحكام ليتمكنوا بخلاله من الراحة والتحصيل والتخلص من متاعب القضاء التي كانت عبئاً ثقيلاً فيما مضى وسبباً لعدم اقدام الناس على تقلد زمام الامور .

وبما ان المسائل في التى منع الحكام من روئيتها كثيرة فقد وجدنا من الضررة تسهيلا للمراجعة ذكر بعضها وهي ·

١ً دعاوي مرور الزمان على اختلافه وانواعه

٢ً عدم تسجيل الوقف للمديون — حيث منع المديون من الوقف بالارادة السلطانية —

٣ً دعاوي المواضعة والاسم المستعار (راجع الفقرة الموقتة لمادة الرابعة من قانون التصرف في الاموال غير المنقولة ·

٤ً دعاوي الفراغ بالوفاء في الاراضي الاميرية اذا لم تربط بالسند (راجع الارادة السنية المؤرخة في ٢٦ ايلول سنة ٧٨

٥ً دعاوي الفراغ المجاني بشرط الاعاشة اذا لم تربط بالسندات ·

٦ً دعاوي الرهن والشروط والوفاء والاستغلال الغير مذكورة بالسند

مادة ١٨٠٢ [ليس لاحد الحاكمين المنصوبين لاستماع دعوى ان يستمع تلك الدعوى وحده ويحكم بها واذا فعل فلا ينفذ حكمه راجع مادة (١٦٦٥)

لان الحاكم لم ينصب لروئية القضايا مستقلاً فليس له الاختصاص والاستقلال بها خلافاً للوكالة فان احد وكيلي الحضور ينفرد كما مر ذلك في باب الوكالة وهذا يرجع الى قدرة الوكيل الواحد على القيام بالعمل وعدم امكان استماع قول الوكيلين في وقت ومكان واحد ولم يجر التعامل في بلادنا على نصب حاكمين مختلفين معاً اما لو تعين كل واحد من الحاكمين مستقلاً ومنفرداً عن الآخر كما هو الحال في القاضي ومشاوره والحاكم ومعاونه فلكل منهما حق القضاء بالقضية التي يختص بها عما سواه ·

مادة ١٨٠٣ [اذا طلب احد الخصمين المرافعة في حضور حاكم وطلب الآخر المرافعة في حضور الآخر في البلدة التي تعددت حكامها ووقع الأختلاف بينهما بهذا الوجه فيرجح الحاكم الذي اختاره المدعى عليه ···]

وذلك في بلدة تعدد بها الحكام في مناطق البلدة الواحدة قبل وضع المجلة والامر بالعمل

بمقتضاها على ما اري لأن المدعي يختار الحاكم الذي يحكم له ولو بمستند ضعيف وهو قول الامام الثالث الذي كان راجحاً قبل وضع المجلة اماليوم فلا يوجد في بلادنا حكام للمناطق المختلفة لأمكان الدفع بمثل هذه المادة ولا يقال بأن حاكم الشرع ومشاوروه او حاكم الصلح ومعاونوه حكام متعددون لأنهم يرون الدعاوي ضمن منطقة واحدة وكانت فيما مضي مدينة دمشق منقسمة الى سبع مناطق في كل واحدة منها نائب للحاكم الشرعي ٠ وقدتقدم طلبات كثيرة في محكمة شرعية دمشق بطلب رؤية الدعوى بحضور حاكم دون آخر وكان رأي حكام الشرع ومحكمة التمييز مختلفاً فاعتبرت اولا هذه المادة ثم لم تعتبرها بداعي ان الحاكم في المحكمة الشرعية هو القاضي فقط والمشاور نائبه عنه يرى ما يحيله القاضي له من الدعاوي ٠

واذا رجعنا الى الماضي نري ان في القاهرة حكام شرع اربعة يحكم كل واحد منهم على مذهب من المذاهب الاربعة في تلك البلدة يختار الحاكم الذي يختاره المدعى عليه بالاستناد الى مذهبه وكذلك حكام الشرع في الاستانة فانهم كانوا ثلاثة احدهم في استانبول والثاني في غلطه والثالث في اسكدار وكل منهم يحكم فيما يحصل من الحوادث ضمن دائرة قضائه ففي مثل هـذا البلد يجب مراعاة قول المدعى عليه باختيار الحاكم ٠

مادة ١٨٠٤ [اذا عزل الحاكم ولاجل عدم وصول خبر العزل اليه مدة كان قد استمع وفصل بعض الدعاوي في تلك المدة فيكون حكمه صحيحاً ولكن لا يصح حكمه الواقع بعد وصول خبر العزل اليه ٠٠٠]

وكذلك عزله نفسه فانه يتوقف على وصول الخبر الى من ولاه صيانة لحقوق الناس وقد قال ابو يوسف انه لا ينعزل مالم يصل خلفه وهذا غير واضح لأن وصول الخلف ليس بشـرط لتمام العزل والانعزال بوصول الخبر الى الحاكم او الى من ولاه ٠

ويعلم من هذه المادة ان الحاكم ينعزل بذنب [كالظلم والفسق والارتشاء] وبدونه لانها وردت مطلقة والمطلق يجري على اطلاقه ويكون العزل منجزاً ومعلقاً واذا كان معلقاً فلا يقع الا عند وقوع ما علق عليه

مادة ١٨٠٥ [للحاكم ان ينصب ويعزل النائب ان كان مأذوناً بذلك والا فلا

ولا يعزل نائبه بعزله او وفاته راجع مادة ١٤٦٦ بناء عليه اذا توفي حاكم قضاء فلنائبه ان يستمع الدعاوي التي تقع في ذلك القضاء ويحكم بها الى ان يأتي حاكم غيره ...]

وجه الفقرة الاولى ان الحاكم يعين نائبه اذا كان مأذونا بذلك وعند عدم الاذن لا تكون المعذرة من سفر او مرض مسوغة لنصب النائب اما اذا قال المولى للقاضى عين من شئت واعزل من شئت فله العزل والنصب وتنفيذ قضاء النائب غير المأذون اذا حكم باذن الحاكم او اجازته كما ينفذ قضاء الفضولى بالاجازة ولا ينعزل القاضى بوفاة من ولاه خلافاً للوكالة لان ولاية السلطان مشتقة من مبايعة الامة وهو وكيل عنها فلا يسقط حكم توكيله بوفاته خلافاً للوكالة

مادة ١٨٠٦ [للنائب ان يحكم بالبينة التي استمعها الحاكم وللحاكم ايضاً ان يحكم بالبينة التي استمعها نائبه وهو انه اذا استمع الحاكم بينة في حق دعوى واخبر بها النائب فله ان يحكم باخبار الحاكم من دون ان يعيد البينة والنائب مأذون بالحكم اذا استمع بينة في خصوص وانهى الى الحاكم فله ان يحكم باخبار الحاكم من دون ان يعيد البينة واما اذا كان ليس بمأذون بالحكم بل كان مأذونا باستماع البينة للتدقيق والاستكشاف فقط فليس للحاكم ان يحكم بانهائه ويلزمه ان يستمع البينة بالذات .]

وهذا الحكم ينحصر بالحاكم القائم على وظيفته اما اذا عزل الحاكم بعد ان سمع البينة وزكاها فليس لنائبه ولا لخلفه ان يحكم بالبينة السابقة . وهذه هي القاعدة المتبعة في المحاكم الشرعية قبل صدور قانون اصول المحاكمات الشرعية اما بعد ان صدر هذا القانون صار بامكان الحاكم ان يحكم بالبينة التي سمعها من كان قبله في قضائه .

مادة ١٨٠٧ [للحاكم في قضاء ان يستمع دعوى الاراضي التي في قضاء آخر ولكن يلزم بيان حدودها الشرعية على الوجه الذي ذكر في كتاب الدعاوي ..]

اي للحاكم ان يستمع دعاوي العقار — ولو كان خارجاً عن قضائه — على المدعي عليه المقيم في

قضائه ولو موقتاً على ما جاء بتصحيح قاضيخان لان حاكم الحادثة يتعين من جهة المدعى عليه والمدعى لا المدعى به وقال صاحب الكنز ان دعوى العقار تقام في المحل الموجود به العقار لأن هذا الحاكم فقط يقدر على انفاذ الحكم واجرائه ومع ان هذا القول ضعيف فان قانون اصول المحاكمات الحقوقية قد قبله في الفقرة الرابعة من ذيله وامر باقامة دعوي العقار لدى حاكم القضاء الموجود به العقار لا لدى الحاكم الذي وجد به المدعى عليه وصار من الواجب اعتبار حكم هذه المادة منسوخاً . وبما ان هذه القضية تتعلق بالصلاحية لا بالوظيفة لذلك فليس للحاكم ان يرد مثل هذه الدعوى عفواً بدون طلب من المدعى عليه اذا اقيمت لدى حاكم قضاء المدعي عليه .

مادة ١٨٠٨ [يشترط ان لا يكون المحكوم له احداً من اصول الحاكم وفروعه وان لا يكون زوجته وشريكه في المال الذي سيحكم به واجيره الخاص ومن يتعيش بنفقته بناء عليه ليس للحاكم ان يسمع دعوى احد هؤلاء ويحكم له .]

والضابط في ذلك هو ان الحاكم ليس له ان يحكم لمن ترد شهادته له وهذا ينحصر بالمحكوم له لا بالمحكوم عليه فاذا وجب الحكم على من ترد شهادة الحاكم له فللحاكم ان يحكم عليه وينفذ حكمه هذا لعدم وجود التهمة وكذلك ليس للحاكم ان يحكم لنفسه او لوكيله او لشريكه في مال الشركة او لوصي في وصية مشتركة بين الوصي والحاكم . يستثنى من ذلك ما لو كان الحاكم مديونا لمتوف وحكم بصحة وصاية الوصي ثم دفع اليه ما عليه من الدين فحكمه ينفذ و يسقط ما عليه من الدين لانه لم يقض لنفسه قصداً اما لو دفع اليه الدين ثم حكم له بالوصاية لا يصح ومثله ما لو حكم بصحة وقف موقوف على العلماء و كان هو منهم اما لو حكم بصحة وقف موقوف عليه وحده لا يصح وله ان يحكم لام زوجته وروجة ابيه واخيه واخته وفيما تحت نظره من الاوقاف .

واذا رجعنا الي قانون اصول المحاكمات الحقوقية نري فيه بحثاً مطولاً فيما يعود الى رد الحاكم وقد وضع هذا القانون اشكالاً مخصوصة للرد لا يجوز تركها ولا العمل بخلافها ومنها كون الدعوى مختصة بالحاكم او كان يستفيد من الحكم رأساً او بالواسطة لذلك نقول ان حكم هذه المادة صار مقيداً ايضاً بالقانون المذكور وصار بامكان الحاكم ان يرى الدعوى مهما كان طرفاها ولا يرد بدون طلب قانوني .

مادة ١٨٠٩ [اذا كان لاحد دعوى مع حاكم بلدته او احد منسوبيه الذين ذكروا في المادة السابقة فأن كان في تلك البلدة حاكم غيره تحاكما اليه وان لم يكن في تلك البلدة حاكم غيره ترافعا في حضور حكم نصباه برضاهما اوفي حضور نائب ذلك الحاكم ان كان مأذونًا بنصب النائب او في حضور حاكم البلدة المجاورة لبلدتهم فأن لم يرض الطرفان باحدي هذه الصور استدعيا مولى من قبل السلطان . .]

والاصل في ذلك ما قررناه قبلاً من عدم جواز حكم الحاكم لنفسه او لمن لا تقبل شهادته لهم وفي السير ان عمراً كانت له دعوى ايام خلافته مع ابى هريرة فحكما بها زيد بن ثابت رضى الله عنه فحكم بينهما . وعلى المدعى عليه اجابة الدعوى وطلب الرد كما قلنا والا حكم الحاكم عليه غيابًا لدخول الحادثة ضمن ولايته . و يشترط رضاء الطرفين في التحكيم . وقد قال الأمام الثالث باجبار الطرف الآخر على التحكيم — كما هو الحكم بالتحكيم الاجباري في قانون التجارة — ووجه هذا الرأي فيما اذا تعذرت باقي الطرق المبحوث عنها في هذه المادة اما استدعاء المولى فهو حق من حقوق المدعي وحده دون المدعي عليه .

مادة ١٨١٠ [ينبغى للحاكم ان يراعي الاقدم فالأقدم في رؤية الدعاوي ولكن اذا كان تعجيل دعوى ورودها مؤخر من ايجاب الحال والمصلحه فيقدم رؤيتها .]

لان من وردت دعواه اولاً اكتسب حق تعجيلها على غيرها من الدعاوي التي وردت مؤخراً واذا كان احد اصحاب الدعاوي قرويًا مثلاً يتعذر عليه المبيت داخل المدينة قدم الحاكم له دعواه ورجحها وكذلك دعاوي الافلاس على ما جاء بقانون اصول المحاكمات الحقوقية فأنها ترجح على غيرها من الدعاوي لوجوب السرعة بأمثالها ولتعلقها بالحقوق العامة .

مادة ١٨١١ [يجوز استفتاء الحاكم من غيره عند الحاجة . .]

اي اذا اشتبه الحاكم في فهم مسئلة من الحوادث المعروضة عليه كالتدقيق في التناقض او حل الخلاف الموجود بين الدعوى والشهادة او بين الشهادتين فيستفتي من علماء مصره شفاهًا او تحريراً

او من علماء مصر آخر اذا اشتبه بفتوى علماء مصره وبهذه الصورة يجوز له تأخير الحكم الى ان يتجه رأيه ويطمئن قلبه لنفسه او لقول من استفتاه من الفقهاء واذا كان الحاكم ليس من اهل الرأي بل كان من المقلدين فيجب عليه العمل حسب الفتوى الواردة له من المفتي المعين للفتوى في مصره .

اما المفتي فلا بد وان يكون من المجتهدين على ما جاء في علم الاصول وبما ان باب الاجتهاد قد صار منسداً في زماننا فصار من واجب المفتيين ان يبينوا في فتواهم الكتاب الذي نقلوا منه المسئلة التي اجابوا عنها .

ويجب على المفتي ان يكون صالحاً لا فاسقاً ومتيقظاً واقفاً على حيل الناس ودسائسها وغير اصم .

مادة ١٨١٢ [ينبغي للحاكم ان لا يتصدى للحكم اذا تشوش ذهنه بعارضة مانعة لصحة الفكر كالغم والغصة والجوع وغلبة النوم .]

اي ان ما يعرض ويزول سريعاً على العقل الكامل من العوارض لا يبطل اهلية الحاكم فاذا تمكن من الحكم مع وجود احدها فحكمه نافذ والاحوط ان لا يشتغل بالنظر في الدعاوي عند عروض احدى هذه العوارض والاصل في ذلك قوله عليه الصلاة والسلام « لا يقضي القاضي وهو غضبان » واذا زادت هذه العوارض في الحكم وصار الحاكم لا يدرك الراجح من المرجوح ولا يفرق بين المدعي والمدعى عليه فيجب عليه ان يمتنع عن الحكم واذا حكم لا ينفذ حكمه .

مادة ١٨١٣ [ينبغي للحاكم ان يدقق في اجراء المرافعات وان لا يوقع الامور في عقدة التأخير]

اي على الحاكم ان يصغى لدعوى المدعي ليفهم انها من اي نوع من انواع الدعاوي وماذا يشترط لصحة الادعاء بمثلها وكذلك لجواب المدعى عليه ليفهم انه اقرار او انكار او دعوى دفع وان يكون مع ذلك حريصاً على انجاز الدعاوي بعيداً عن البطائة واضاعة الوقت بسفاسف الامور لان ذلك يوجب ضياع ثقة الناس من القضاء والقضاة ويسبب الضعف في حركة التجارة

والصناعة في مدينة الحاكم وهذه امور كلها توجب ضرراً لا يقبل التلافي · وفي الهندية ليس للحاكم ان يهدد الطرفين او احدهما لان ذلك موجب لقطع حجة الطرفين ·

ماده ١٨١٤ [يضع الحاكم في المحكمة دفتر للسجلات ويحرر في ذلك الدفتر الاعلامات والسندات التي يعطيها بصورة منظمة سالمة عن الحيلة والفساد ويعتني بالدقة بحفظ ذلك الدفتر واذا عزل سلم السجلات المذكور الى خلفه اما بنفسه او بواسطة امينه ...]

وكانت السجلات فيما سبق تقسم في المحاكم الشرعية الى اربعة اقسام الاول السجلات التي يقيد بها الحاكم نصب الاولياء والثاني السجلات التي يقيد بها نصب القيم والثالث سجلات النفقات والرابع سجلات الاحكام ·

ويطلق على الاعلام الحكم الشرعي الحاوي على خاتم الحاكم وامضائه وهذا يحتوي على دعوى المدعي ودفع المدعى عليه وادلة الحكم المستند اليها · اما الحجة فهي الورقة الموقعة من الحاكم والمتضمنة اقرار احد وتصديق آخر بحضور الحاكم دون ان تكون محتوية على حكم الحاكم · كالاستدانات والبيوع القطعية وبيع الوفاء وفراغ الوفاء وفك الفراغ والاقالة والاجارة والكفالة والحوالة والهبة والتسليم وتحميل الشهادات والوكالات ونفي الملك والمصالحات واثبات الرشد والابراء وعقود المزارعة والمساقاة والمضاربات ونصب الوصي · (١)

ويجب على المحاكم الشرعية ان تحفظ هذه السجلات سواء كانت اشتريت بمال الحكومة او بمال الطرفين المتحاكمين او بمال احدهما لما في ذلك من الفوائد العظيمة في حفظ الحقوق من الضياع وصيانتها لان هذه السجلات انما وضعت لحفظ حقوق الناس لا للتجارة ·

***

(١) وقد منع حكام الشرع اخيراً من تنظيم اكثر هذه الصكوك كما يظهر من اصول المحاكمات الشرعية وقانون كتاب العدل ·

﴿ الفصل الرابع ﴾

(يتعلق بصورة المحاكمة)

المادة ١٨١٥ [يجري الحاكم المحاكمة علناً ولكن لا يفشي الوجه الذي يحكم به قبل الحكم ...]

وقد اطرد العمل في عصر الشارع وخلفائه على اجراء المحاكمة في اشهر المجالس لأن ذلك يرفع التهمة عن الحكام و يوجب الرفق بالناس و يعلن العدل فلا يسوغ اذاً لاعوان الحكام طرد الناس من بهو المحكمة مالم يخلوا بالادب وبجريان المحاكمة (١)

ولا يجوز للحاكم ان يفشي رأيه قبل الحكم مخافة احتيال الطرف الذي يحكم عليه واتباع الطرق غير المشروعة التي تؤدي الى اضاعة حق خصمه او توار يه عن الجلسة لتطويل امد المحاكمة والابتعاد عن التنفيذ على ان افشاء الرأي يوجب التهمة و يزيل مهابة الحكام (٢)

مادة ١٨١٦ [اذا اتى الطرفان الى حضور الحاكم لاجل المحاكمة فيأمر المدعي اولا بالتقرير وان كانت دعواه قد ضبطت تحريراً قبل الحضور تقرأ فيصدق مضمونها من المدعي ثم يطلب جواب المدعي عليه ثانياً وهو ان يسأله بقوله ان المدعي يدعي عليك بهذا الوجه فما تقول انت ...]

وهذا موافق لما جاء بقانون اصول المحاكمات الشرعية القاضي بضبط دعوى المدعي اولا وعدم ضبط الدعوى تحريراً انما يضر بالمدعي لان الحاكم اذا سمع دعوى المدعي ودفع المدعى عليه بالصورة الشفاهية يمكن للمدعى عليه ان يأتي بدفع جديد بعد ان يرى ان اسباب الحكم قد تهيئت اما اذا ضبطت المحكمة الافادات بالصورة التحريرية فيتعذر على المدعى عليه الاتيان بدفع جديد .

ولا يجوز للحاكم رد سلام الطرفين المتداعيين او احدهما اذا سلم عليه لما في ذلك من التهمة

---

(١) وقد وضعت قوانين الاصول حدوداً لاصول المحاكمة وعينت الجزاء الواجب اتباعه بحق من يشوش على الحكام حين المحاكمة

(٢) وقد اعتبر شراح قانون اصول المحاكمات الحقوقية افشاء الرأي من موجبات رد الحاكم ٠

ويجب رد السلام الى الشهود لوجوب اكرامهم . وعلى المدعي بيان دعواه وتصحيحها وليس للحاكم تصحيح دعوى المدعي او تصحيح دفع المدعي عليه لما في ذلك من تهمة اعانة احد الخصمين وليس للحاكم تكليف المدعي عليه لاعطاء الجواب الا بعد تصحيح المدعي دعواه واذا كانت دعوى المدعي غير صحيحة ولا يمكن تصحيحها يردها الحاكم دون استجواب المدعى عليه .

مادة ١٨١٧ [اذا اقر المدعى عليه الزمه الحاكم باقراره وان انكر طلب البينة من المدعي]

وجه الالزام هو ان الاقرار حجة بنفسه على وجوب الحق المقر به والقضاء بعده هو الزام بما اقر به المدعى عليه وليس حكماً على طريق الحقيقة خلافاً للبينة فانها حجة متعدية فلا يثبت الحق المدعى به بمقتضاها بدون حكم الحاكم على ما سيأتي في المادة ١٨١٨ وكذلك فان الاقرار بحضور غير الحاكم موجب للالزام اما البينة المستمعة في غير حضور الحاكم لا يلحق بها القضاء والحكم .

ويسوغ للمدعى عليه انكار دعوى المدعي ولو كان انكاره مخالفاً للحقيقة كانكار دعوى استحقاق المال من المشتري وانكار دعوى الرد بالعيب القديم على المشتري ليتمكن بعد الاثبات من الرجوع على بائعه بالثمن او ارجاع المعيب اليه وكذلك الوصي المدعى عليه بدين فله انكار الدعوى لتمكين المدعي من اثباتها والرجوع على مال الصغير المتروك له من الموصي المديون .

لاحقة

كتاب القاضي الى القاضي ويحتوي على مقدمة وستة مباحث

المقدمة

في بعض ايضاحات واصطلاحات فقهية تتعلق بكتاب القاضى الى القاضي

كتاب القاضي الى القاضي او الكتاب الحكمي هو المكتوب الذي يرسله القاضي الى قاضي آخر بحق دعوى المدعي التي سمعها وسمع بها الشهود وزكاها بدون حضور المدعى عليه و بدون حضور وكيله ، وهذا الكتاب هو نقل الشهادة حقيقة وليس للحاكم الذي سمع الدعوي والشهادة ان يحكم بها لعدم امكان القضاء على الغائب عند الحنفية ٠ والقياس هو عدم تجويز هذا الكتاب لان الحاكم الكاتب لو ذهب بذاته الى الحاكم المكتوب اليه ونقل ما كتبه في كتابه بالحرف لما جاز للحاكم المخاطب ان يحكم بمقتضى قول الحاكم الكاتب والكتاب بدلاً من الخطاب على ان الكتاب قابل للتبديل والتحريف والتزوير والخطاب لا يقبل شيئاً من ذلك انما قد جوز ذلك للضرورة ٠ واذا سئلنا ان المدعي اذا اراد اثبات دعواه على الغائب يمكنه اقامة شهوده لدى الحاكم وتحميل الشهادة لغير الشهود واستماع شهود الفرع في حضور حاكم بلد المدعى عليه ولذلك لافائدة من كتاب القاضي اجتناباً من تحميل الشهادة الى الفرع التي قدلا تأتي غالباً بفائدة لوجوب تزكية شهود الاصل والفرع وهذا يعسر اجراؤه في بلد المدعى عليه ٠ واذا سئلنا بان المادة ١٨٣٤ من المجلة اجازت للحاكم ان يحكم بغياب المدعى عليه فلاضرورة اذا لكتاب القاضي قلنا ان الحاكم يحكم على المدعى عليه المقيم ضمن دائرة قضائه وقد جوز كتاب القاضي بحق المدعى عليه المقيم خارج دائرة القضاء وفوق مسافة السفر ٠

***

المبحث الاول

(في شروط كتاب الحكمي)

يشترط وجود مسافة السفر بين الحاكم الكاتب و بين الحاكم المكتوب اليه عند الامام الاعظم — كما هو شرط الشهادة على الشهادة — وعند محمد يجوز الكتاب الحكمي بين حاكمين مقيمين في بلد واحد و يشترط عند ابي يوسف ان يكون بين الحاكمين مسافة لا يقدر معها الشاهد ان يخرج من قريته و يذهب لقرية الحاكم المكتوب اليه و يعود الى قريته بنهار واحد .

و يشترط ان يكتب الكتاب الحكمي من حاكم مأذون بالحكم من السلطان و يشترط ولاية الحاكم الكاتب والحاكم المكتوب اليه عند كتابة الكتاب وقبول الحاكم المخاطب بالذات لاقبول نائبه واذا كان الكتاب مرسلاً الى النائب يجب قبوله لا قبول من انابه و يشترط فيه ان يكون الحاكم الكاتب والحاكم المكتوب اليه والمدعي به والمدعي والمدعى عليه معلومين علما نافياً للجهالة و يشترط ان يكون عنوان الكتاب محرراً في داخله ايضاً وان يكون موءرخاً وان يكون بحق غير الحدود والقيود وان يكون محرراً بعد استماع الشهود لا بناء على حكم الحاكم ويشترط تسليمه الى المدعي بعد ختمه وتغليفه بغلاف مختوم عند ابي يوسف . ويجب تحليف المدعي على انه لم يقبض المال المدعي به من المدعى عليه الغائب ولم يبريءُ ذمته وانه لا يعلم فيما اذا كان و كيله او رسوله قبض هذا الحق من المدعى عليه الغائب .

ويجوز للمدعي اقامة شاهد واحد واخذ كتاب حكمي من القاضي فيما اذا كان شاهده الثاني مقيما في بلد المدعى عليه . وتكفي في الكتاب الحكمي ارساله معنوناً بأسم قاضي بلد كذا اذا كان لا قاضي غيره في البلد ويجب ترفيق المدعي بشاهدين عند اخذ الكتاب ليشهد على القاضي المحرر له واذا تعذر على الشاهدين دوام السير يمكنهما تحميل شهادتهما لغيرهما

المبحث الثاني

(في بيان وظائف الحاكم المكتوب اليه)

لا يشترط حضور المدعى عليه عند وصول الكتاب الى الحاكم المكتوب اليه لقدم ترتب الحكم على مجرد وصول الكتاب و يجب بعد ذلك على الحاكم المكتوب اليه ان يحضر المدعى

عليه لطلب المدعي ويسأله عن اسمه واسم ابيه وجده وشهرته ليتحقق فيما اذا كان هو المدعى عليه ام لا فاذا اقر المدعى عليه بانه هو الخصم او اثبت المدعي بأن المدعى عليه خصمه بالبينة المزكاة استجوب الحاكم المدعى عليه عن دعوى المدعي فاذا اقر الزمه بالمدعي به واذا انكر دعوى المدعي راجع الحاكم المكتوب اليه الكتاب ودقق الخاتم الموضوع عليه واراه للمدعى عليه واستشهد شهود الطريق عليه وحكم على المدعى عليه بمقتضى الكتاب المذكور واذا ادعى المدعى عليه دفعاً صالحاً كالدفع والاداء يرجع الحاكم الى الاصول القانونية المتبعة في ذلك وعلى الحاكم المكتوب اليه ان يحكم بمقتضى رأيه ومذهبه لا بمقتضى رأي الحاكم الكاتب ومذهبه وعليه رد الكتاب وعدم الحكم بمقتضاه اذا خالفت شهادة شهود الطريق مضمونه ومقتضاه.

المبحث الثالث

(في بيان الشهادة على الكتاب الحكمي)

الشهادة على الكتاب الحكمي تكون اما بشهادة شهود الطريق على مندرجاته واما بشهادتهم على صدوره من حاكم مدينة كذا وانه قرأه ووقعه وختمه بحضورهم واما بشهادتهم على صدوره من حاكم مدينة كذا فقط فالوجه الاول والثاني مقبول بالاتفاق والوجه الثالث مقبول عند ابي يوسف وهو القول الراجح.

المبحث الرابع

(قبول الكتاب الحكمي لا كثر من درجة واحدة)

اذا رأى الحاكم المكتوب اليه ان المدعى عليه المقصود بالكتاب الحكمي غير موجود في مدينته عند ورود الكتاب فيفتح الكتاب و يتليه بحضور شهود الطريق و يكتب كتاباً ثانياً بناءً على طلب المدعي الى الحاكم الذي وجد المدعى عليه ضمن دائرة قضائه فيضمن هذا الكتاب خلاصة الكتاب الحكمي المرسل اليه ويختمه و يوقعه حسب الاصول و يسلمه الى المدعي بحضور شهود الطريق و يرسله الى الحاكم المكتوب اليه الثاني وهذا الحاكم المكتوب له الثاني يجري من المعاملات ما ذكر في بحث الحاكم المكتوب له الاول.

المبحث الخامس
(في الاصول المبطلة للكتاب الحكمي)

و يبطل الكتاب الحكمي فيما اذا توفي الحا كم الكاتب او عزل من وظيفته او جن اوحد بالقذف او طرأ عليه جنون قبل ان يفتح الحا كم المكتوب له الكتاب و يتليه و يستشهد على مندرجاته لان ما يمنع القضاء بالشهادة يمنع القضاء بالكتابة . و يبطل الكتاب الحكمي ايضاً اذا حضر الحا كم الكاتب الى بلدة الحا كم المكتوب له قبل الحكم اما اذا توفي الحا كم المكتوب له او جن او سلبت منه صفات الحكم قبل الحكم ينظر فأذا كان الكتاب مرسلا له ومعنونًا بأسمه يبطل واذا كان العنوان عامًا بعد التخصيص او كان مخصصًا بعد التعميم لا يبطل . ولا يبطل الكتاب الحكمي ايضًا بوفاة المدعي او المدعى عليه او الشهود لأن الوارث والوصي يقوم مقام المدعي او المدعي عليه ولأن وفاة الشاهد بعد التزكية لا تمنع الحكم بمقتضى شهادته .

المبحث السادس
(في بيان رسالة القاضي الى القاضي والاخبار الشفاهي)

ولا يثبت حكم كتاب القاضي الى القاضي بالرسالة لان الكتاب كالخطاب اما الرسالة فلا تفيد الحكم وكذلك الاخبار الشفاهي فلا يعتبر قول القاضي الكاتب الى القاضي المكتوب له الشفوي ولو تضمن مندرجات الكتاب حرفيًا لان الثابت للضرورة يقدر بقدرها ولان اجتماع القاضيين مما يبطل وجوب العمل بالكتاب الحكمي .

مادة ١٨١٨ [ان اثبت المدعي دعواه بالبينة حكم الحا كم بذلك وان لم يثبت يبقى له حق اليمين فان طلبه كلف الحا كم المدعى عليه باليمين .]

وقد سأل الرسول عليه الصلاة والسلام المدعي عن بينته وسؤاله دليل على انها من طرق الحكم بالحق المدعي به . و يعتبر الحكم في هذه المادة دون الالزام دلالة على ان البينة ليست بحجة بدون قضاء لان الشهادة خبر والخبر يحتمل الصدق والكذب وقد فرض ترجيح الصدق في البينات بحكم الحا كم . اما وجه الفقرة الثانية هو قوله عليه الصلاة والسلام (لك يمينه) وهذا يكون عند عجز المدعي عن اقامة البينة اما اذا كانت بينة المدعي بحضور الحا كم

او في مدينته يكلف لاحضارها ولا يكلف المدعى عليه لحلف اليمين ولو طلب المدعي تحليف المدعى عليه على ان يقيم البينة بعد التحليف . ويشترط في اليمين ان يكون بطلب الخصم و بتكليف الحاكم ولذا لا تعتبر جميع الايمان التي يحلفها المدعى عليه من نفسه قبل التكليف والطلب ولا تعتبر موافقة لاصول التحليف .

مادة ١٨١٩ [فان حلف المدعى عليه او لم يحلفه المدعي منع الحاكم المدعي من المعارضة للمدعى عليه .]

واذا كان المدعى عليه يشتبه بدعوى المدعي فالاولى ان لا يحلف اليمين و يرضي خصمه اما بدفع مال او فداء لليمين و يجوز ان يكون هذا المال معادلاً للمدعي به او اقل منه او بمصالحة المدعي على مال من غير جنس المدعى به وهذا جائز بالاتفاق واما ان يدفع المدعى عليه مالاً الى المدعي بطريق شراء اليمين منه وهذا لا يجوز .

ومتى حلف المدعى عليه اليمين منع المدعي من معارضته الا اذا اقام البينة وهذا ثابت اولاً بحكم عمر رضي الله عنه بالبينة بعد اليمين و يقول القاضي شريح « اليمين الفاجرة احق بالرد بالبينة العادلة » ثانياً البينة ارجح من اليمين لانها اصل واليمين فرع عنه فلا يصار الى العمل بالبدل مع امكان العمل بالاصل والثالث كون طلب المدعي تحليف المدعى عليه اليمين لا يثبت عجزه عن البينة . الا ان قانون اصول المحاكمات الحقوقية اوجب اعتبار المدعي عاجزاً اذا قال انه عاجز عن الاثبات بالبينة اصلاً وحلف خصمه اليمين لذلك لا يمكننا اليوم ان نسمع البينة بعد الحلف .

وقد اختلف الفقهاء فيما اذا كانت تثبت اليمين الكاذبة باقامة البينة ام لا فقال ابو يوسف بثبوت كذب المدعى عليه بيمينه اذا اثبت المدعي دعواه بالبينة بعد الحلف لثبوت نقيض اليمين وكذبه بالشهادة العادلة وقال محمد بعدم ثبوت كذب اليمين بالشهادة لان الشهادة بنفسها تحتمل الصدق والكذب .

ويجب اليمين على المدعى عليه في كل دعوى اقيمت عليه وعجز المدعي عن اثباتها الا دعاوي الحدود واللعان فلا يجب فيها اليمين على المدعى عليه عند الامامين وقال الامام الاعظم بعدم وجوب اليمين على المدعى عليه بدعاوي الحدود واللعان و بدعاوي النكاح

والرجعة والفيء والاستيلاء والرق والنسب والولاء اذا لم يطلب ضمن هذه الدعاوي مال ويجب اليمين بالاتفاق اذا طلب المال فاذا ادعى زوجية امرأة وانكرت دعواه وعجز عن البينة فليس له تحليفها اليمين وكذلك دعوى الرجعة فأذا ادعى احد الزوجين الرجعة وانكرها الاخر ولا بينة لمدعيها فلا يحلف خصمه اليمين . وكذلك دعوى النسب فأذا ادعى رجل الابوة او البنوة من آخر وعجز عن الاثبات لا يحلف خصمه .

مادة ١٨٢٠ [اذا نكل المدعى عليه حكم الحاكم بنكوله وان قال بعد ذلك احلف فلا يلتفت الى قوله]

ويجب ان يكون النكول بحضور الحاكم ومن المدعى عليه لا من وكيله لأن النكول عن اليمين لا يدخل تحت حكم الوكالة بدون ذكر صريح .

مادة ١٨٢١ (يجوز الحكم والعمل بمضمون الاعلام والسند اللذين اعطيا من طرف حاكم محكمة بلا بينة اذا كانا عاريين وسالمين عن شبهة التزوير والتصنيع وموافقين لاصولهما]

وذلك اذا كانت الاعلامات منظمة وفقاً للتعليمات السنية المؤرخة في ٤ جماد الاولى سنة ١٢٩٦ المدرجة في آخر هذا الكتاب أما الاعلامات والسندات المحررة بصورة تخالف التعليمات السنية فلا يجب العمل بمقتضاها بدون بينة على اثبات مضمونها بالبينة .

مادة ١٨٢٢ [اذا اصر المدعى عليه على سكوته عند الاستفهام كما ذكر آنفاً ولم يقل لا ولا نعم فيعد سكوته انكار وكذلك لو اجاب بقوله لا اقر ولا انكر يعد جوابه هذا انكاراً وتطلب البينة من المدعي في الصورتين كما ذكر آنفاً]

ويعتبر سكوت المدعى عليه انكاراً مع عدم وجود افة تمنع الكلام عند ابي يوسف لانه بيان للحاجة وانما لا يعتبر السكوت بياناً للاقرار لان ما يثبت الحقوق هو الاقرار الصريح وقول ابي يوسف ايضاً اعتبار من قال لا اقر ولا انكر منكراً للتمرد وقال الامام الاعظم بوجوب اعتبار الاقرار الصريح والانكار الصريح اما التمرد عن الجواب فلا يعتبر عنده لا من الاقرار ولا من الانكار .

مادة ١٨٢٣ [لو اتى المدعى عليه في مقـام الاقرار او الانكار بدعوى تدفع دعوى المدعي يعامل على وفق المسائل التي ذكرت في كتاب الدعوى والبينات]

اي ان المدعى عليه لا يلزم بالاقرار او الانكار وله ان يأتي ايضاً بدعوى تدفع دعوى المدعي واذا استوفى قوله هذا شروط الدعوى تنتقل اليه صفة المدعي فأذا اقر له المدعي بدفعه هذا حكم له بمقتضى الاقرار وردت دعوى المدعي واذا انكر المدعي هذا الدفع يكلف المدعى عليه لاثبات دفعه بالبينة او لتحليف المدعي اليمين على دفعه . واذا عجز المدعى عليه عن اثبات دفعه وحلف المدعي اليمين ينظر فأذا كان دفع المدعى عليه يتضمن الاعتراف بدعوى المدعي حكم بها في الحال واذا كان لا يتضمن الاعتراف تمم الحاكم مرافعة الدعوى الاصلية على مقتضى الاصول المعروفة .

وتسمع دفع الدعوى من المدعى عليه لا من سواه يستثنى من ذلك : احد الورثة فاذا اقام المدعي دعواه على احد الورثة اضافة لتركة مورثه فللوارث غير المطلوب للمرافعـة ان يدخل في الدعوى ويأتي بدفع صالح .

مادة ١٨٢٤ [ليس لاحد الطرفين ان يتصدي للافادة ما لم تكمل افادة الآخر واذا تصدى فيمنع من طرف الحاكم]

فاذا تكلم احدهما في نوبة الآخر اسكته الحاكم ليتمكن من فهم كلام صاحب النوبة فلا يجوز للمدعى عليه ان ياتي بالدفع قبل ان يتم المـدعي دعواه ولا يجوز للمدعي ان يجيب على دفع المدعى عليه قبل ان يتم المدعى عليه دفعه .

مادة ١٨٢٥ يضع الحاكم في المحكمة ترجماناً موثوقاً ومؤتمناً لترجمة كلام من لم يعرف اللسان الرسمي من الطرفين .]

ويجوز ان يكون الترجمان واحداً ولو امرأة الا فيما لا يجوز شهادتها به ولا تشترط فيها العدالة ولا البصر عند ابي يوسف كما هو المفهوم من اطلاق هذه المادة .

وكما يجوز قول الشـخص الواحد في الترجمة فانه يجوز بالتزكية السرية وتقويم التالف والاخبار بافلاس المدين الذي حبس من اجل الدين والاخبار بعيب المبيع ورؤية الهلال وموت

الشاهد وطهارة الماء والطعام ونجاسته واخبار الوكيل بالعزل وحجر المأذون واخبار القاصر بأن وليه زوجه حسب ولايته عليه واخبار البيع للشفيع و يجوز خبر الفرد في مسائل اخرى يبلغ عدد مجموعها خمسة عشر لم نأت على ذكرها لعدم علاقتها بالمعاملات ٠

مادة ١٨٢٦ [يخطر ويوصي الحاكم بمصالحة الطرفين مرة او مرتين في المخاصمة الواقعة بين الاقرباء او المأمول فيها رغبة الطرفين في الصلح فأن وافقا صالحهما على وفق المسائل المندرجة في كتاب الصلح والا اتم المحاكمة ٠]

وعلى الحاكم ان لا يعجل القضاء بين الاقرباء ولو ظهر له وجهه حبًا بدوام صلة القرابة ولان القضاء يورث النزاع بين المتحاكمين على الاكثر وليس للحاكم ان يعرض الصلح اكثر من مرتين كي لا يظهر عجزه في القضاء واحقاق الحق وليس له في الصلح ان يقبل صلحهما على غير ما قررناه في كتاب الصلح فلا يصالحهما على الفين بدعوى الف واذا تصالحا حرر ذلك بورقة مصالحة ووقعها من المتداعين ودرجها عينًا في ضبط المحكمة ووقعها مع الكاتب والمتخاصمين لان ذلك اسلم في المعاملات واقرب لاثباتها ٠

مادة ١٨٢٧ [بعد ما يتم الحاكم المحاكمة يحكم بمقتضاها ويفهم الطرفين ذلك وينظم اعلامًا حاويًا للحكم والبينة مع الاسباب الموجبة له ويعطيه للمحكوم له ولدى الايجاب يعطى نسخة اخرى للمحكوم عليه ايضًا ٠]

وينبغي ان يبين الحاكم للمقضي عليه وجه قضائه عليه وانه فهم جوابه وان حكم الحادثة في الشرع القضاء عليه كي لا ينسب للجور امام الناس ٠ وينفذ حكم الحاكم ظاهرًا و باطنًا اذا كان مستندًا الى اسباب ثبوت حقيقية واذا استند الحكم الى اسباب ثبوت غير صحيحة كشهادة زور ينظر فاذا كان الحكم بالعقود كالبيع والنكاح و بالفسوخ كالطلاق والاقالة فينعقد ظاهرًا و باطنًا عند الامام اذا كان الحاكم لا يعلم بان الشهادة مزورة وقال بعضهم بان هذه الاحكام تنفذ ظاهرًا لا باطنًا ٠ اما في الاملاك المرسلة فلا ينفذ الحكم باطنًا بالاجماع لان الملك لا بد له من سبب واذا تزاحمت الاسباب فيجب بيان سبق السبب على القضاء اقتضاء لعدم امكان اعتبار كون بعض الاسباب اولى من البعض الآخر وكذلك دعوى الدين بدون بيان السبب فهي من قبيل دعوي

الاملاك المرسلة فاذا ثبتت دعوى الدين بدون السبب بشهادة الزور لا ينفذ حكم الحاكم باطناً .

وكذلك دعوى الارث ودعوى النسب فهي من قبيل دعوى الملك المرسل .

ويجب اعطاء الحكم الى المحكوم له وصورته الى المحكوم عليه كي لا ينسى المحكوم له ما حكم له به الحاكم ليتمكن من انفاذه لدى دائرة التنفيذ وكذلك تعطى صورة الاعلام للمحكوم عليه ليتسنى له مراجعة الطرق القانونية العادية والفوق العادة بشأنه .

مادة ١٨٢٨ [لا يجوز للحاكم تأخير الحكم اذا اوجدت اسباب الحكم وشروطه بتمامها]

لان التأخير مع وجود اسباب الحكم لا يكون الا اما لاتباع هوى النفس او هوى من يتوجه عليه الحكم ولأن القضاء شرع لاحقاق الحق وازالة الفوضى فاذا اخر الحاكم الحكم بعد ان تمت اسبابه يكون هو نفسه شريكاً بها اما لو اشتبه الحاكم بالتزكية او بترجيح البينة واراد تحري المسئلة من وجهها الشرعي فله ان يؤخر الحكم الى ان يتضح له الطريق الشرعي .

* * *

« الباب الثاني »

في الحكم ويشتمل على فصلين

﴿ الفصل الاول ﴾

(في بيان شروط الحكم)

مادة ١٨٢٩ [يشترط في الحكم سبق الدعوى وهو انه يشترط في صحة الحكم بخصوص متعلق بحقوق الناس ادعاء احد على الآخر بذلك الخصوص في اول الامر ولا يصح الحكم الواقع من دون سبق دعوى] .

والقصد من الحكم هو القولي الصريح اما الحكم الفعلي كتقسيم التركة التي فيها حق الصغير فلا يشترط فيها سبق الدعوى وكذلك الحكم الضمني فاذا ادعى رجل على آخر بمبلغ له على ثالث

مكفول من المدعى عليه وانكر المدعى عليه الدين والكفالة و برهن المدعي على دعواه وحكم له بها فالحكم يشمل المدعى عليه الكفيل والمديون الذي لم يكن داخلاً بالدعوى ٠ وتعم عبارة حقوق الناس الواردة بهذه الدعوى حقوق الناس الصريحة وحقوق الناس الممتزجة مع حق الله كحد القذف ويحترز بها عن حقوق الله الصريحة كحرمة المطلقة ثلاثاً على مطلقها لأن الحكم بها لا تشترط له الدعوى ووجه المادة هو ان الحاكم لا يقف على ما للناس عند بعضهم ولانه ليس له اجبار صاحب الحق على طلب حقه واستيفائه ٠

يستثنى من ذلك مسئلتان ٠

الاولى : اذا اذن الولي الحاكم بتزويج الصغيرة فزوجها الحاكم فيكون عمله هذا وكالة لا حكما

الثانية : اذا اعطى الحاكم الفقير غلة الوقف المشروط اعطاؤها للفقراء فعمله هذا ليس بحكم ٠

مادة ١٨٣٠ [يشترط حضور الطرفين حين الحكم يعني يلزم حضور الطرفين وقت الحكم في مجلسه بعد المحاكمة والمواجهة ولكن لو ادعى احد على الاخر خصوصاً واقر به المدعى عليه ثم قبل الحكم لو غاب عن مجلس الحكم فللحاكم ان يحكم بغيابه بناء على اقراره وكذلك لو انكر المدعى عليه دعوى المدعي واقام المدعي البينة فاذا غاب المدعى عليه عن مجلس الحكم قبل التزكية والحكم فللحاكم ان يزكي البينة ويحكم بها]

اشترط الفقهاء حضور كل واحد من المتداعيين حين الدعوى والشهادة او حضور من يقوم مقامهما سواء كان المدعى به ديناً او عيناً منقولا او عقاراً وحجتهم على ذلك هي عدم امكان الحكم على غائب الا ضمناً فيما لو كان المدعي به عليه سبباً لا ينفك عما يدعي به على الخصم الحاضر وقد اتفقوا على جواز الحكم على من اقر بالحق بحضور الحاكم وغاب عن المجلس قبل صدور الحكم ولان هذا الحكم وجاهي لعدم جواز الرجوع عند الاقرار في حقوق العباد وقد استظهر علي حيدر افندي امكان صدور الحكم الغيابي بحق المدعى عليه اذا غاب بعد الاقرار لامكان ادعاء كذب الاقرار والذي يظهر لي انه لا يثبت هذا الحق والمادة ١٥٨٩ لا يشمل حكمها ما يقع من الاقرار في حضور الحاكم ٠ وقد قبل ابو يوسف الحكم في وجه من حضر في المحكمة حين اقامة

البينة وغاب قبل تزكيتها والحكم بها وقال الطرفان بعدم جواز الحكم عليه استناداً الى قوله عليه الصلاة والسلام لعلي (لا تقض لاحد الخصمين حتى تسمع من الآخر) .

وتظهر النيابة عند احد الطرفين في الدعوى بالوكالة و بوصاية الميت وتولية الوقف ونيابة احد الورثة ونيابة احد شريكي الدين عن الآخر بطلب الدين عند الامامين ونيابة احد المدينين عن الآخر ونيابة الاجنبي واضع اليد على مال الميت عند بعض الفقهاء ونيابة بعض الموقوف عليهم عن البعض الآخر .

مادة ١٨٣١ [للحاكم ان يحكم على المدعى عليه بالبينة التي اقيمت في مواجهة وكيله اذا حضر في مجلس الحكم بنفسه وبالعكس يعني للحاكم ان يحكم على وكيل المدعى عليه بالبينة التي اقيمت بحضوره اذا حضر الوكيل مجلس الحكم]

لان الشخصين او الاشخاص الذين هم في حكم الشخص الواحد بالنسبة لحادثة الدعوى كالوارث والمورث والوصي والموصي عليه بعد البلوغ والوكيل والموكل لو حضر واحد منهم الدعوى وآخر الشهادة والحكم جاز ولا ينتظر حضور نفس الشخص الذي حضر في اوائل الدعوى وكذلك جزء البينة فاذا استمع بعضها بحضور الموكل والبعض الآخر بحضور الوكيل يحكم بها .

مادة ١٨٣٢ [للحاكم ان يحكم بالبينة التي اقيمت في مواجهة احد الورثة اذا غاب عن مجلس الحكم على الوارث الآخر الذي حضر في الدعوى التي توجهت خصومتها الى جميع الورثة ولا حاجة الى اعادة البينة]

* . *

﴿ الفصل الثاني ﴾

(في الحكم الغيابي)

الغائب نوعان الاول من غاب عن محل ولاية الحاكم قبل ان يكون مدعى عليه ولم يدع اليه والثاني من توارى عن مجلس الحاكم او تمرد عن الحضور استنكافاً عن الحق بعدما دعي اليه عن دعوى مدع مع تمكنه من ذلك بنفسه او وكيله وقد اتفق الائمة الثلاثة على جواز الحكم عليه بنوعيه وحجتهم ان الحكم يستند للبينة وهي حجة بنفسها والدفع والطعن مشروع بعد الحكم كما سيأتي في مادة (١٨٤٠) ٠ وقد اتفق الفقهاء الاحناف على عدم جواز الحكم على النوع الاول وحجتهم قول الشارع لعلي كرم الله وجهه (لا تقض لأحد الخصمين حتى تسمع من الآخر) لأن الحاكم لا يتمكن من اصدار الحكم الا بعد سماع الجواب واتفقوا على جواز الحكم على النوع الثاني وهذا هو مبنى هذا الفصل ٠ وقد ابتدأت الحكومة العثمانية بتطبيق الاحكام الغيابية بحق المدعى عليهم في الحوادث التجارية بقانون نشرته في ١٠ ربيع الآخر سنة ١٢٧٨ ثم عممته لباقي المحاكم العدلية في ٨ صفر سنة ٢٩١ ثم صار ذلك عاماً بعد ما نشرت المجلة ٠ ولما صدر قانون اصول المحاكمات الحقوقية توسع اصول رؤية الدعوى الغيابية على وجه لا يتفق مع نصوص الحنفية لان هذا القانون اجاز رؤية الدعاوي غياباً بحق كل من دعي للمحكمة ولم يلب الطلب سواء كان من النوع الاول او من النوع الثاني وهذا يوافق ما جاء في مذهب الامام الشافعي رضي الله عنه ولذلك فأني ارى ان واضع الاصول الحقوقية كان عليه ان يضعها مستنداً الى المذهب المشار اليه ٠

مادة ١٨٣٣ [يدعى المدعى عليه من قبل الحاكم بطلب واستدعاء المدعي فأن امتنع عن الأتيان او ارسال وكيل الى المحكمة من دون ان يكون له عذر شرعي يحضر اليها جبراً ٠]

اي لا يجوز للحاكم ان يحكم على المدعي عليه الا بعد ان يدعوه لمجلسه ويمتنع عن الحضور بدون عذر شرعي كالمرض او كون المدعى عليه من المخدرات اللاتي لا تبرزن في المجالس ففي الصورة الاولى يؤجل الحاكم الدعوى الى ما بعد زوال العذر وفي الصورة الثانية ارسل الحاكم

نائباً عنه لسماع الدعوى . وقد الغي قانون اصول المحاكمات الحقوقية لزوم الاحضار بالقوة الجبرية فصار ما يتعلق بهذا الخصوص في هذه المادة ملغى .

ماده ١٨٣٤ [اذا امتنع المدعى عليه عن الاتيان اوارسال وكيل الى المحكمة ولا يمكن احضاره فيدعي الى المحكمة بأن يرسل اليه ثلاث مرات ورقة الدعوى المخصوصة بالمحكمة في ايام متفاوتة على طلب المدعي فأن ابي ايضاً المجيء افهمه الحاكم بأنه سينصب له وكيلاً ويسمع الدعوى والبينة وعلى هذا الحال لو امتنع وابى الحضور الى المحكمة وارسال وكيل نصب الحاكم له وكيلا يحافظ على حقوقه وتسمع الدعوى والبينة في وجهه وبعد التدقيق ان تبين انها مقارنة للصحة وثبت الحق حكم بمقتضى ذلك .]

وقد الغى قانون اصول المحاكمات الحقوقية ارسال الدعوتيان المتعددة الى المدعى عليه والني ذيل هذا القانون اصول نصب الوكيل المسخر وصار الحاكم يدعي المدعى عليه بدعوتية واحدة فأذا تمنع عن الحضو قرر رؤية الدعوى بحقه غياباً دون ان يقيم وكيلاً مسخراً عنه .

مادة ١٨٣٥ [يبلغ الحكم الغيابي الواقع على المنوال المشروح للمدعى عليه]

قلنا ان اصول اسطار الدعوتيان المتعددة والمخطرة ونصب ألوكيل المسخر صار ملغياً وصار من واجب المحاكم ان يحكم بمقتضى الاصول على المدعى عليه الغائب سواء كان متوارياً اومتمرداً ومتى اعطي الحكم وجب تبليغه للمدعى عليه سواء كان مستنداً الى البينة او كان معلقاً على تقدير نكول المدعى عليه عن اليمين .

مادة ١٨٣٦ [اذا حضر المحكوم عليه غياباً الى المحكمة وتشبث بدعوى صالحة لدفع دعوى المدعي فتسمع دعواه وتفصل على الوجه المقتضي وان لم يتشبث بدفع الدعوى او تشبث ولم يكن تشبثه صالحاً للدفع ينفذ الحكم الواقع ويجرى .]

لأن صدور الحكم على الغائب لا يسقط حقه اي لا يمنعه من دفع الدعوى بعد الحكم لعين

المحكمة التي اصدرته ولو تبدل الحاكم وقد ضرب لطلب هذا الحق مدة اختلفت باختلاف الحقوق والقوانين ومدته خمسة عشر يوماً من تاريخ التبليغ في الدعاوي البدائية والاستينافية وخمسة ايام من تاريخ التفهيم في الدعاوي الصلحية و يسقط هذا الحق بعد مضي هذه المدد المضروبة تخريجاً لقاعدة تقييد القضاء في الزمان والمكان . اما تفصل الاعتراض وشرائطه وما يجب ان يكون استدعاءه محتوياً من الشرائط فتلك امور تعود الى قانون اصول المحاكمات الحقوقية .

***

« الباب الثالث »

في رؤية الدعوى بعد الحكم

ترى الدعوى بعد الحكم باحدى طرق ثلاثة الاولى الاعتراض الذي يقع على الاحكام الغيابية الذي سبق الكلام عليها في الفصل السابق والثاني استئنافاً (راجع المادتين ١٨٣٨و١٨٣٩) والثالث اعادةً بطريق اعادة المحاكمة كما سيبين ذلك في مادة (١٨٤٠) . وترى الدعوى بعد الحكم ايضاً بطريق اعتراض الغير و بطريق التمييز المبحوث عنهما بقانون اصول المحاكمات الحقوقية .

مادة ١٨٣٧ [الدعوى التي حكم واعلم بها موافقة لاصولها المشروعة اي موجوداً في الحكم اسبابه وشروطه لا يجوز رؤيتها وسماعها تكراراً .]

هذه المادة ليست من مسائل الباب وانما ذكرت بطريق المناسبة لبيان ان من الدعاوي مالا يسوغ رؤيته بعد الحكم به مرةً اخرى في المحكمة التي اصدرته لان ذلك من العبث عدا عما يترتب على ذلك من نقض القضاء الاول بدون ظهور الخفاء اما في محكمة اعلى فيجوز رؤية الدعوى استينافاً وتمييزاً و يجوز فسخ الحكم ونقضه اذا ظهر به خطأ بموجب ذلك على ما سيأتي في المواد الآتية .

مادة ١٨٣٨ [اذا ادعى المحكوم عليه بأن الحكم الذي لحق في حق الدعوى ليس موافقاً لأصوله المشروعة و بين جهة عدم موافقته وطلب استئناف الدعوى

فيحقق الحكم المذكور فأن كان موافقاً لأصوله المشروعة يصدق والا يستأنف ٠]

وهذا هو الطريق الثاني من طرق رؤية الدعوى بعد الحكم وكان يرى في نفس المحاكم التي حكمت في الدعوى قبل نشر قانون تشكيل المحاكم وكان هذا الحق لايسقط سوى بمرور الزمان اما في المحاكم النظامية فيكون امام محكمة اعلى درجة من المحكمة التي اصدرت الحكم وهو حق يسقط في نظر القانون بمضي المدة المضروبة بذيل قانون اصول المحاكمات الحقوقية على ما هو مفصل بقانون اصول المحاكمات وذيله المذكور ٠

مادة ١٨٣٩ [اذا لم يقنع المحكوم عليه بالحكم الواقع في حق الدعوى وطلب تمييز الاعلام الحاوي الحكم فيدقق الاعلام المذكور فأن كان موافقاً لاصوله المشروعة يصدق والا ينقض] ٠

عبارة هذه المادة ظاهرة لا تحتاج الى تفصيل وشرح لا سيما بعد ان صارت جميع الدعاوي من شرعية ونظامية ترى تمييزاً لدى محكمة التمييز بدون تفريق و بعد ان سلخ امر استيناف وتمييز الدعاوي الشرعية من مجلس التدقيقات والفتواخانة ٠

مادة ١٨٤٠ [يصح دفع الدعوى قبل الحكم بناء عليه اذا بين وقدم المحكوم عليه في دعوى سبباً صالحاً لدفع الدعوى وطلب اعادة المحاكمة يصح ادعاؤه هذا في مواجهة المحكوم له وتجري محاكمتهما ايضاً مثلاً اذا ادعى احد على الدار التي هي في تصرف الآخر بأنها موروثة له من والده و ثبت ذلك ثم بعد الحكم لو ظهر سند معمول به يبين ان والد المدعي كان قد باع الدار المذكورة لوالد ذي اليد فتسمع دعوى ذي اليد وان اثبت ذلك انتقض الحكم الاول واندفعت دعوى المدعي ٠]

اي اذا احدث المدعى عليه دعوى جديدة يستدعي ثبوتها ابطال الحكم الاول وهو مقبول على الراجح بعد الحكم حتى بعد اجرائه كما هو مقبول قبل الحكم لأنه يجب صون القضاء عن

الابطال عند ظهور الخطأ به بالبرهان كما لو ظفر الورث بوصل موقع من المدعي يشعر بقبض مبلغ الدين المدعى به من مورثه او بوصل يشعر بأبراء ذمة المورث . وقد احدث قانون اصول المحاكمات الحقوقية طريقاً مخصوصاً لدعاوي اعادة المحاكمة وصار من واجب القضاء التقيد بها والعمل بموجبها لدى جميع المحاكم لذلك فأننا نترك البحث للقانون المذكور .

***

الباب الرابع »

في بيان المسائل المتعلقة بالتحكيم

التحكيم معروف في الامم القديمة وثابت بقوله تعالى في نزاع ما بين الزوجين (فابعثوا حكماً من اهله وحكماً من اهلها) وحكم الشارع الاعظم سعداً بن معاز فيما وقع بين بني قريظة من الخلاف ورضي الفريقان بحكمه فحكم بينهما . وقد اختلف الفقهاء فيما اذا كان يشمل حقوق الله والحقوق الممزوجة بين حق الله وحق العباد واتفقوا على قبوله بحقوق العباد وقد قبلته المجلة لانها تبحث عن الحقوق الشخصية دون الحقوق العامة . ولا يجوز اضافته لوقت مستقبل ولا تعليقه بالشرط لمشابهته لعقد الصلح وقال مالك بتنفيد حكم المحكم مالم يخالف ما اجمع عليه الفقهاء ولولم يوافق رأي الحاكم المولى وقال السادة الحنفية بلزوم عرض رأيه وحكمه على من ولاه وهذا موافق لما ورد في الاصول الحقوقية .

مادة ١٨٤١ [يجوز التحكيم في دعاوي المال المتعلقة بحقوق الناس .]

ويشترط للمحكم ان يكون اهلاً للقضاء فيما حكم به وان يكون معلوماً ويشترط في الحكم ان يكون مميزاً وان يكون التحكيم واقعاً على دعوى المال لان الحكم فيه قائم مقام عقد الصلح لاستناده مبدئياً على الرضاء . ويشترط فيه ايضاً ان يكون الحكم اهلاً للشهادة فلا يجوز تحكيم الاعمى والرقيق والصبي والمحدود بالقذف ويجوز تحكيم الامرأة والفاسق .

مادة ١٨٤٢ [حكم المحكم لا يجوز ولا ينفذ الا في حق الخصمين الذين حكماه وفي الخصوص الذي حكماه فيه فقط ولا يتجاوز غير ذلك ولا يشمل سائر خصوصاتهما .]

مادة ١٨٢٣ [لو اتى المدعى عليه في مقام الاقرار او الانكار بدعوى تدفع دعوى المدعي يعامل على وفق المسائل التي ذكرت في كتاب الدعوى والبينات]

اي ان المدعى عليه لا يلزم بالاقرار او الانكار وله ان يأتي ايضاً بدعوى تدفع دعوى المدعي واذا استوفى قوله هذا شروط الدعوى تنتقل اليه صفة المدعي فأذا اقر له المدعي بدفعه هذا حكم له بمقتضى الاقرار وردت دعوى المدعي واذا انكر المدعي هذا الدفع يكلف المدعى عليه لاثبات دفعه بالبينة او لتحليف المدعي اليمين على دفعه . واذا عجز المدعى عليه عن اثبات دفعه وحلف المدعي اليمين ينظر فأذا كان دفع المدعى عليه يتضمن الاعتراف بدعوى المدعي حكم بها في الحال واذا كان لا يتضمن الاعتراف تمم الحاكم مرافعة الدعوى الاصلية على مقتضى الاصول المعروفة .

وتسمع دفع الدعوى من المدعى عليه لا من سواه يستثني من ذلك : احد الورثة فاذا اقام المدعي دعواه على احد الورثة اضافة لتركة مورثه فللوارث غير المطلوب للمرافعة ان يدخل في الدعوى ويأتي بدفع صالح .

مادة ١٨٢٤ [ليس لاحد الطرفين ان يتصدي للافادة ما لم تكمل افادة الآخر واذا تصدى فيمنع من طرف الحاكم]

فاذا تكلم احدهما في نوبة الآخر اسكته الحاكم ليتمكن من فهم كلام صاحب النوبة فلا يجوز للمدعى عليه ان ياتي بالدفع قبل ان يتم المدعي دعواه ولا يجوز للمدعي ان يجيب على دفع المدعى عليه قبل ان يتم المدعى عليه دفعه .

مادة ١٨٢٥ يضع الحاكم في المحكمة ترجماناً موثوقاً ومؤتمناً لترجمة كلام من لم يعرف اللسان الرسمي من الطرفين]

ويجوز ان يكون الترجمان واحداً ولو امرأة الا فيما لا يجوز شهادتها به ولا تشترط فيها العدالة ولا البصر عند ابي يوسف كما هو المفهوم من اطلاق هذه المادة .

وكما يجوز قول الشخص الواحد في الترجمة فانه يجوز بالتزكية السرية وتقويم التالف والاخبار بافلاس المدين الذي حبس من اجل الدين والاخبار بعيب المبيع ورؤية الهلال وموت

الشاهد وطهارة الماء والطعام ونجاسته واخبار الوكيل بالعزل وحجر المأذون واخبار القاصر بأن وليه زوجه حسب ولايته عليه واخبار البيع للشفيع و يجوز خبر الفرد في مسائل اخرى يبلغ عدد مجموعها خمسة عشر لم نأت على ذكرها لعدم علاقتها بالمعاملات ٠

مادة ١٨٢٦ [يحظر و يوصي الحاكم بمصالحة الطرفين مرة او مرتين في المخاصمة الواقعة بين الاقرباء او المأمول فيها رغبة الطرفين في الصلح فأن وافقا صالحهما على وفق المسائل المندرجة في كتاب الصلح والا اتم المحاكمة ٠]

وعلى الحاكم ان لا يعجل القضاء بين الاقرباء ولو ظهر له وجهه حباً بدوام صلة القرابة ولان القضاء يورث النزاع بين المتحاكمين على الاكثر وليس للحاكم ان يعرض الصلح اكثر من مرتين كي لا يظهر عجزه في القضاء واحقاق الحق وليس له في الصلح ان يقبل صلحهما على غير ما قررناه في كتاب الصلح فلا يصالحهما على الفين بدعوى الف واذا تصالحا حرر ذلك بورقة مصالحة ووقعها من المتداعين ودرجها عيناً في ضبط المحكمة ووقعها مع الكاتب والمتخاصمين لان ذلك اسلم في المعاملات واقرب لاثباتها ٠

مادة ١٨٢٧ [بعد ما يتم الحاكم المحاكمة يحكم بمقتضاها ويفهم الطرفين ذلك وينظم اعلاماً حاوياً للحكم والبينة مع الاسباب الموجبة له ويعطيه للمحكوم له ولدى الايجاب يعطى نسخة اخرى للمحكوم عليه ايضاً ٠]

وينبغي ان يبين الحاكم للمقضي عليه وجه قضائه عليه وانه فهم جوابه وان حكم الحادثة في الشرع القضاء عليه كي لا ينسب للجور امام الناس ٠ وينفذ حكم الحاكم ظاهراً وباطناً اذا كان مستنداً الى اسباب ثبوت حقيقية واذا استند الحكم الى اسباب ثبوت غير صحيحة كشهادة زور ينظر فاذا كان الحكم بالعقود كالبيع والنكاح و بالفسوخ كالطلاق والاقالة فينعقد ظاهراً وباطناً عند الامام اذا كان الحاكم لا يعلم بان الشهادة مزورة وقال بعضهم بان هذه الاحكام تنفذ ظاهراً لا باطناً ٠ اما في الاملاك المرسلة فلا ينفذ الحكم باطناً بالاجماع لان الملك لا بد له من سبب واذا تزاحمت الاسباب فيجب بيان سبق السبب على القضاء اقتضاء لعدم امكان اعتبار كون بعض الاسباب اولى من البعض الآخر وكذلك دعوى الدين بدون بيان السبب فهي من قبيل دعوي

وكذلك حكم المحكمين فانه ينفذ بحق المحكمين متي وافق الاصول والشرع والقانون و ينحصر نفاذ هذا الحكم بالمحكمين دون سواهم لعدم ولايتهم على غيرهم .

مادة ١٨٤٩ [اذا عرض حكم المحكم على الحاكم المنصوب من قبل السلطان صدقه ان كان موافقاً للاصول والا نقضه]

لان حكم المحكمين اذا عرض على الحاكم او على مولى الحاكم ورآه موافقاً للاصول والقانون صدقه لعدم الفائدة من اصدار حكم ثان يماثل الحكم الاول واذا وجده مخالفاً ولو لاجتهاده فسخه ورده بخلاف المولى فأنه اذا وجد الحاكم ان حكم المولي مخالف لاجتهاده كما هو الحال في المحاكم الشرعية اليوم فان القضاة على مذهب الامام حنبل يحكمون بقضايا المراصد وينفذها الحكام مع انها مخالفة لمذهبهم ولما هو معمول عندهم باجتهادهم لورود الامر السلطاني على ذلك اما فيما يعود الى التحكيم فلا امر لقبول حكم المحكمين من قبل الحاكم فيما اذا خالف حكمهما اجتهاده . واذا قيل ان الطرفين لما حكما الحكم برضاهما واختيارهما فليس لاحدهما ان يطلب تدقيق حكمه من الحاكم . قلنا ان رضائهما بالتحكيم مقيد دلالة بما يكون من ذلك الحكم موافقاً لما انتشر العمل به في المحيط الواقع فيه التحكيم .

و يختلف التحكيم عن الحكم بمسائل منها :

١ : يشترط لصحة حكم الحاكم رضاء المحكمين ولا يشترط الرضاء بحكم الحاكم

٢ : لا يجوز التحكيم بالحدود ويجوز الحكم بها .

٣ : للمحكم عزل الحكم وليس لاحد الطرفين عزل الحاكم .

٤ : لا يتعدى حكم الحكم بدعوى رد المبيع بالعيب البائع و يتعداه بحكم الحاكم .

٥ : يبطل حكم الحكم اذا خالف رأي القاضي ولا يبطل حكم القاضى من قبل قاض آخر ولو خالف مذهبه واجتهاده .

٦ : لا يثبت الوقف بحكم الحكم ولا يرتفع الخلاف و يثبت ذلك بحكم الحاكم .

٧ : لايجوز تعليق التحكيم واضافته الى المستقبل عند ابي يوسف خلافاً للقضاء

٨ : ليس للحكم ان يكتب للقاضي ولا للقاضي ان يكتب للحكم كتاب حكمي .

٩ : لا يسري حكم الحكم على سائر الورثة في الدعوى الذي حكم بها من قبل احدهم :

مادة ١٨٥٠ [اذا اذن الطرفان بالصلح للمحكمين الذين جعلوهما مأذونين بالحكم توفيقاً لاصوله المشروعة فيعتبر صلحهم وهو انه اذا وكل احد الطرفين احد المحكمين والآخر الاخر بالصلح في الخصوص الذي تنازعا فيه وتصالحا توفيقا للمسائل المندرجة في كتاب الصلح فليس لاحد الطرفين ان يمتنع عن قبوله هذا الصلح]

لان التحكيم بالصلح نوع من التوكيل به وكما انه يجوز للموكل ان يصالح خصمه بنفسه فله مصالحته بغيره . انما يجب على المحكمين اضافة الصلح الى موكليهم لا الى انفسهم (راجع مادة ١٤٦٠).

مادة ١٨٥١ [اذا فصل احد الدعوى الواقعة بين شخصين ولم يكن محكماً فيكون حكمه نافذاً اذا رضي الطرفان واجازا حكمه راجع المادة ١٤٥٣]

اي ان من يكون اهلاً للقضاء اذا حكم بحادثة بدون تولية من السلطان ولا انابة وتحكيم في الطرفين جاز حكمه ونفذ اذا اعقبته اجازة من الطرفين على شرط ان لا يكون مخالفاً للاجماع والا كان باطلاً والاجازة لا تحق الباطل واذا كان مخالفاً للقول المأخوذ للعمل فقط فينفذ بالاجازة ويفسخ بعرضه على المولى متى خالف اجتهاده .



صورة التعليمات التي صدرت الارادة السنية بمراعاة احكامها
والمنظمة من قبل جمعية المجلة بخصوص تنظيم السندات الشرعية التي يجوز العمل
والحكم بمضمونها بلا بينة

مادة ١ لدى حوالة استدعاء ما الى المحكمة وحضور الطرفين المتخاصمين اليها فان كان المدعي او المدعى عليه مجهول الشخصية عند المحكمة ولم تكن بيده اوراق معتبرة تدل على ان الدعوى تتعلق به او استعجل احدهما بتصديق الآخر في الدعوى وشعرت المحكمة بوجود شائبة في ذلك فعلى هؤلاء ان يجلبوا علماً وخبراً (وثيقة) من مختاري محلتهم او رأسة النقابة التابعين اليها او من امرائهم وضباطهم او من قبل رؤساء الدوائر المنسوبين اليها تبين شخصيتهم واسمهم وشهرتهم وصنعتهم ومأموريتهم ومحل اقامتهم .

مادة ٢ يمسك في المحكمة جريدة خاصة بتسجيل الوكالة فاذا اراد احد الطرفين تسجيل وكالة يقرر امام الحاكم او نائبه صورتها ويعين وكيله ويسجل تقريره هذا عيناً في جريدة التسجيل ويوقع عليه ويختمه بخاتمه واذا لم يكن يحسن الكتابة ينتخب شخصاً ويأمره بالتوقيع عنه وبعد ذلك يوقع عليه ويختمه الحاكم او النائب الذي يجري التوكيل او التقرير بحضوره ويسأل عند التسجيل ايضاً عن اسم والد الموكل وجده ويقيد في جريدة التسجيل ذلك .

مادة ٣ اذا عزل الحاكم او توفي بعد ان كانت الوكالة حررت وسجلت في الجريدة المخصوصة بحضوره او حضور نائبه كما تبين في المادة الآنفة قبل ان تختم المحاكمة فلا يحتاج الوكيل لتسيجل وكالته ثانية بحضور الحاكم اللاحق بل يمكن للحاكم اللاحق ان يحكم بصحة وكالة الوكيل بمواجهة الخصم بموجب القيد المسطور في جريدة التسجيل ويمكنه ان يري الدعوى ويسمع المرافعة .

مادة ٤ على كاتب الضبط عند ضبط الدعوى ان يحرر ويضبط على ورقة عادية اسم هوية ومحل اقامة الطرفين واسماء وهوية وصور افادات المعرفين عنهم فيما لو جرى التعريف ويحرر ايضاً خلاصة الاوراق والسندات المبرزة بعد ان يستمع بدقة تامة افادة الطرفين ويطالع كل ما سيبرزه الطرفان من الاوراق والسندات المؤيدة للدعوى .

مادة ٥ يكتب ضبط الدعوى المذكورة في المادة السابقة بعبارة واضحة يمكن ان يفهمها الطرفان ٠

مادة ٦ ان كاتب الضبط بعد ان يضبط الدعوى يدخل مع الطرفين الى حضور المستشار في المحكمة التي لها مستشار والى حضور الحاكم او نائبه في المحاكم التي ليس لها مستشار و يتلوا الضبط و بعد التلاوة يسأل المستشار او الحاكم او نائبه الطرفين واحداً فواحداً عن كون الضبط موافقاً لافادتهما او غير موافق فان صدق كل واحد من الطرفين على موافقة الصورة لافادته يقيد ذلك حالا في جريدة الضبط المخصوصة بالمحكمة ويختم و يوقع في ذيله من قبل الطرفين وكذلك اذا لم يصدقا لسبب وقوع نقصان او سهو في الضبط او لسبب ضبط وتحوير امسئلة واجوبة عن بعض اشياء رأت المحكمة لزوماً لها فان مندرجات الضبط تقيد بعد التصحيح في جريدة ضبط المحكمة الرسمية و يختم في ذيلها وتوقع من قبل الطرفين ايضاً يجب ان لا يقع في جريدة الضبط محو ولا حك ٠

مادة ٧ بعد ان يحرر الضبط في الجريدة المخصوصة و يوقعه ويختمه الطرفان على المنوال المحرر آنفاً يصدق في ذيله و يوقع و يختم من قبل المستشار او معاونه بأختامهما الذاتية في دار السعادة واذا لم يكن لدى محكمة الباب في استانبول مستشار فمن قبل معاونه او احد مستشاريه واذا لم يكن لمحكمة التفتيش مستشار فمن قبل المميز الاول للمحكمة اما في المحاكم الاخرى وسائر محاكم الملحقات فيوقع و يختم من قبل الحاكم او نائبه او رأس الكتاب ٠

مادة ٨ بعد ان يباشر بالمحاكمة الى حين ختامها فكما انه يقيد ويحرر في ذيل ضبط الدعوى في جريدة الضبط السالفة الذكر خلاصة المعاملات التى ستجرى وتتعلق بتلك المحاكمة عقيب جريان التحقيقات فكذلك اذا تغير شكل المحاكمة ووجد لزوم لزيادة بعض العبارات على افادات الطرفين فأنها تزاد بالرقم بمعرفة المامورين الذين وقعوا وختموا الضبط المذكور و بحضور كل من الطرفين ثم يوقعان عليه ايضاً واذا كانت الدعوى ذات اهمية فيوقع ويختم عليها المامورون ايضاً ٠

مادة ٩ اذا لزم على احد الطرفين اقامة شاهد يسأل عما اذا كان لديه شهود ام لا فاذا قرر و بين ان لديه شهود يسأل عنهم وعن اسمائهم وهوياتهم وعما اذا كان لديه غيرهم او لم

يكن واذا كان لديه ايضاً يسأل عن اسمائهم وهوياتهم وتدرج افادته بحق شهوده ايضاً في جريدة الضبط كما تدرج افادته فيما اذا قال بعدم وجود شهود لديه اصلاً ثم يوقع ويختم عليها ·

« علاوة »

ان توضيح هذه المادة المبنية على المادة (١٧٥٣) من مجلة الاحكام العدليه هو على الوجه الآتي : كما انه لا يكون قول المدعي ليس لديه شهود اصلاً مانعاً من قبول شهادة الحسبة التي يتأخرادؤها بلا عذر فلا يكون ايضاً قول الوصي والولي وامين بيت المال واقرار واحد منهم بأنه ليس لديه شهود اصلاً في الدعوى المتعلقة باليتيم وغير الرشيد و بيت المال في الخصوصات التي يجوز فيها قبول شهادة (الحسبة) من غير ان يشترط سبق وقوع الدعوى منه توفيقاً للمسألة الشرعية ليس مانعاً من استماع الشهود ·

فبعد ان يقول المدعي ليس لدي شهود اصلاً · ثم يقول ان المدعى عليه كان قد اشهد في غيابي فلاناً وفلاناً على الخصوص المدعي به وكنت قلت قبلاً ليس لدي شهود اصلاً قبل ان اقف على هذا ولكن لما وقفت عليه اخيراً جئت الآن قائلا انه يوجد لدى شهود · فأن تصدى للتوفيق بين الكلامين المتناقضين فيقبل حينئذ الشهود الذين سيقدمهم ·

اما بعد اقرار المدعي بأنه ليس لديه شهود اصلاً ان قال كنت اقررت اولاً بأنه ليس لدى شهود لأنه لم يكن بخاطرى الشهود يعني كنت ناسياً شهودي · ثم قال اني تذكرتهم اخيراً فهم لدي وحيث ان هذا القول مع ذلك العذر لا يجعل التناقض الواقع بين الدعوبين مرتفعاً شرعاً فان الحكام ممنوعون من استماع الشهود الذين سيقدمهم بموجب المادة (١٧٥٣) من مجلة الاحكام العدلية ·

مادة ١٠ لدى فصل احدي المحاكمات يشرح في الضبط الاسباب الموجبة للحكم وباي وجه حكم ثم تسطر مسودة الاعلام بعد ان يختم الحاكم في ذيله ·

مادة ١١ على كاتب الضبط ان ينقل في جريدة الضبط المخصوصة بالمحكمة صورة الضبط بعينها و يحررها في جريدة و يقرر منها وتحفظ الجريدة المخصوصة بالمحكمة في محل امين وتستخرج منه لدى اللزوم وتمسك جرائد ضبط متعددة خاصة بالمحكمة بنسبة كثرة الدعاوي ·

مادة ١٢ ينبغي اتخاذ الدعوى المحررة في الجريدة اساساً وتسطر مسودة الاعلام على

اصول الصك وان كان المحو والاثبات في بعض عبارات صورة الضبط حين التسويد جائزاً على قاعدة الصك انما الشرط في ذلك ان لا يتغير اساس المسألة وان افاد احد الطرفين بأنه ليس لديه شهود اصلاً فتدرج افادته المذكورة بعينها في الاعلام . ولا يكتفي بالتعبير القائل : (انه عجز عن اقامة البينة) .

مادة ١٣ بعد ان يسطر كاتب الضبط مسودة الاعلام . اولاً تصحح من قبل كاتب الوقائع في محاكم الصدرين واستانبول والباب . ومن قبل المميز الاول في محكمة التفتيش . وبعد ان يدققها المستشار و يوفقها على صورة الضبط و يصححها ايضاً و يوقع عليها بامضائه تقدم الى الحاكم .

اما في سائر المحاكم فان كان لديها راس كتاب فهو يصحح المسودة و يقدمها للحاكم وان لم يكن فكاتب الضبط يقدم المسودة بالذات الى الحاكم . وفي المحاكم التي يوجد فيها نائب المركز مثل محاكم غلطه فان النائب والمستشار يقومان بوظائفه . و بعد ان تقدم المسودة الى الحاكم ينظرها و يدقق فيها ثم يسطر عليها كلمة (ليكتب) و بموجبها يحرر الاعلام .

مادة ١٤ بعد ان يكتب الاعلام على الوجه المشروح يحرر كاتب الضبط اسمه على ظهره وعلى المأمورين الذين دققوا في المسودة ووقعوا عليها ان يطالعوا الاعلام ايضاً على الترتيب السابق و يوقعوا على ظهره او يختموه و بعده يقدم الاعلام الى الحاكم .

مادة ١٥ و بعد ان يطالع الحاكم الاعلام يكتب على ظهره (ليكتب في السجل وليقابل) و يرسله الى المقيد فبعد تقييده يشرح المقيد على ظهره بانه قيده في السجل وقابله و يختم في ذيله ثم يعيده الى الحاكم . ومن ثم يختم الحاكم الاعلام حسب الاصول .

مادة ١٦ ينبغي اجراء الاصول المبينة اعلاه تماماً في حجج الوكالة التي ستنظم في دار السعادة على ان ترسل الى الملحقات .

مادة ١٧ ياخذ حكام الملحقات تقرير الوكالة ان كانت في داخل القضاء في محكمة بداية ذلك القضاء وان كانت في قضاء مركز اللواء في محكمة البداية وان كانت في كرسي الولاية في محكمة الاستئناف . « ان حكم هذه المادة خاص في المحلات التي احيلت فيها رياسة المحاكم النظامية الى حكام الشرعية كما هو مبين في ذيل المادة التاسعة عشر »

مادة ١٨ بعد ان يؤخذ تقرير الموكل على الوجه المحرر آنفاً تقيد صورة تقريره بعينها في الجريدة وتصدق بختم الموكل او توقيعه او اشارته المخصوصة ثم تنظم حجة الوكالة توفيقاً لاصولها الموضوعة وتختم ٠

مادة ١٩ يصدق الحاكم على الحجة الشرعية المنظمة على المنوال المحرر آنفاً ان تقرير الوكالة قد وقع بحضوره ويصدق عليها الاعضاء الحاضرون حين التقرير بمضبطة منهم فأن كانت مضبطة التصديق هذه قد اعطيت من قبل محكمة بداية القضاء فتصدق من محكمة بداية اللواء او محكمة استئناف الولاية الملحق ذلك القضاء بها ٠

« علاوة »

لا تحرر مضبطة التصديق على ورقة منفردة بل تحرر على ظهر حجة الوكاله ٠

كما ان المضبطة تزيل بخاتم الاعضاء الذاتي فكذلك تختم بخاتم المحكمة الرسمي ٠

اما في المحاكم التي لم تحول فيها رياسة المحاكم النظامية الى حكام الشرعية فيؤخذ تقرير الوكالة من قبل حكام الشرع توفيقاً لاصوله الموضوعة وتنظم بذلك حجة شرعية و بعدها فأن الموكل يراجع المحكمة النظامية التي يعود اليها امر تصديق حجة الوكالة بموجب هذه التعليمات السنية مستصحباً معه حجة الوكالة والوكيل ويقرر مضمون الحجة فى المحكمة المذكورة وان كانت الوكالة بحضور حاكم الشرع حال غياب الوكيل وتقررت موقوفة على قبوله فعلي الموكل فقط في ذلك الحال مراجعة المحكمة وتقرير مضمون الحجة و بعد ذلك تسطر المحكمة على ظهر حجة الوكالة هذه العبارة : (ان تقرير الوكالة المحرر ضمن هذه الحجه قد تكررت افادته بحضورنا) و يختم في ذيله بخاتم الاعضاء الذاتي الحاضرين حين التقرير ٠ و يصدق بخاتم المحكمة الرسمي ٠

يكون تصديق حجج الوكالة في المحاكم النظامية مجاناً ٠

مادة ٢٠ ان كان شخص الموكل مجهولا فيجب التعريف بشخصه كما مر بيانه في المادة الاولى ٠

مادة ٢١ تدقق حجج الوكالة المنظمة في الملحقات وتطبق في بيت الفتوى كما في

السابق ويشرح على حجج الوكالة المعطاة من محاكم دار السعادة على ان ترسل الى الملحقات من من دار الفتوى ايضاً بأن الخاتم مطابق للاصل .

مادة ٢٢ عندما يلزم تنظيم السند الشرعي الحاوي ثبوت مواد كالوصاية والوراثة لكي يرسل الى بلدة اخرى فان حكام الملحقات يستمعون المواد المذكورة في محاكم البداية او الاستئناف و يفصلونها بموجب المادة السابعة عشر . ان الاصول المبين بشأن حجج الوكالة التي تنظم في الملحقات هو ايضاً جار ومعتبر بشأن امثال هذا السند الشرعي .

ان حكم هذه المادة خاص بالمحلات المحولة فيها رياسة المحاكم النظامية الى حكام الشرعية .

مادة ٢٣ تمسك جريدة او جرائد خاصة بالمحكمة لأجل تحرير الخصوصات التي تسمع في محلها (اي خارج المحكمة) بارسال مأمورين امناء الى ذلك المحل . وتحفظ هذه الجرائد كما تحفظ جرائد الضبط وتعطى للمأمور عندما يلزم ذهابه لخصوص ما .

وعلى المأمور الذي يرسل مأذوناً من قبل المحكمة الى محلة او قرية من اجل فصل دعوى وتسجيل وكالة واقرار وقف ووصية ومخالعة وتطليق و كشف وتقسيم عقار وصلح وابراء واخبار ملك واخبار تصرف وتحليف احد الطرفين وما ماثلها من الخصوصات ان يجلب مختار القرية او المحلة ويجمع بضعة ذوات من اهل تلك القرية او المحلة ويعقد مجلساً ويستمع الخصوصات الواقعة ثم يقيد ذلك في الجريدة الخاصة ويصدق على ذيلها من اصحاب المصالح الذين كانوا سبباً في انعقاد ذلك المجلس ومن الذوات الحاضرين حين الاستماع وذلك بوضع اختامهم اوتواقيعهم او اشاراتهم المخصوصة ويختم ايضاً المختار ثم يرفقه بأنهاء منه الى الحاكم مرفوقاً مع الامناء .

ويجب ان يعين لهذه الشؤون ذات من كتبة المحكمة من الذين اشتهروا بحسن السيرة وعرفوا بالاستقامة .

مادة ٢٤ لدى الحكم بمضمون حجة ما وتنظيم اعلام بموجبها توضع ذلك الحجة في المحكمة وتحفظ كما يحفظ دفتر السجلات وتحفظ ايضاً مضابط التصديق مع حججها الواردة من الملحقات كما تحفظ الحجج .

مادة ٢٥ ان انكر الخصم مضمون السندات الشرعيه المنظمه توفيقاً لهذا النظام فيمكن لحكام المحاكم الشرعية ان يحكموا بمضمون السندات المذكورة بلا بينة بحسب منطوق المادتين ١٧٣٧ و١٨٢١ من مجلة الاحكام العدلية ولكن اذا احس الحاكم وظهر لدى التحقيق بأنه

يوجد في الاعلام او الحجة او القيد تزوير او شائبة تصنيع فانه لا يحكم بمضمون ذلك الاعلام او الحجة او القيد بلا بينة بل يطلب حينئذ بينة على ذلك .

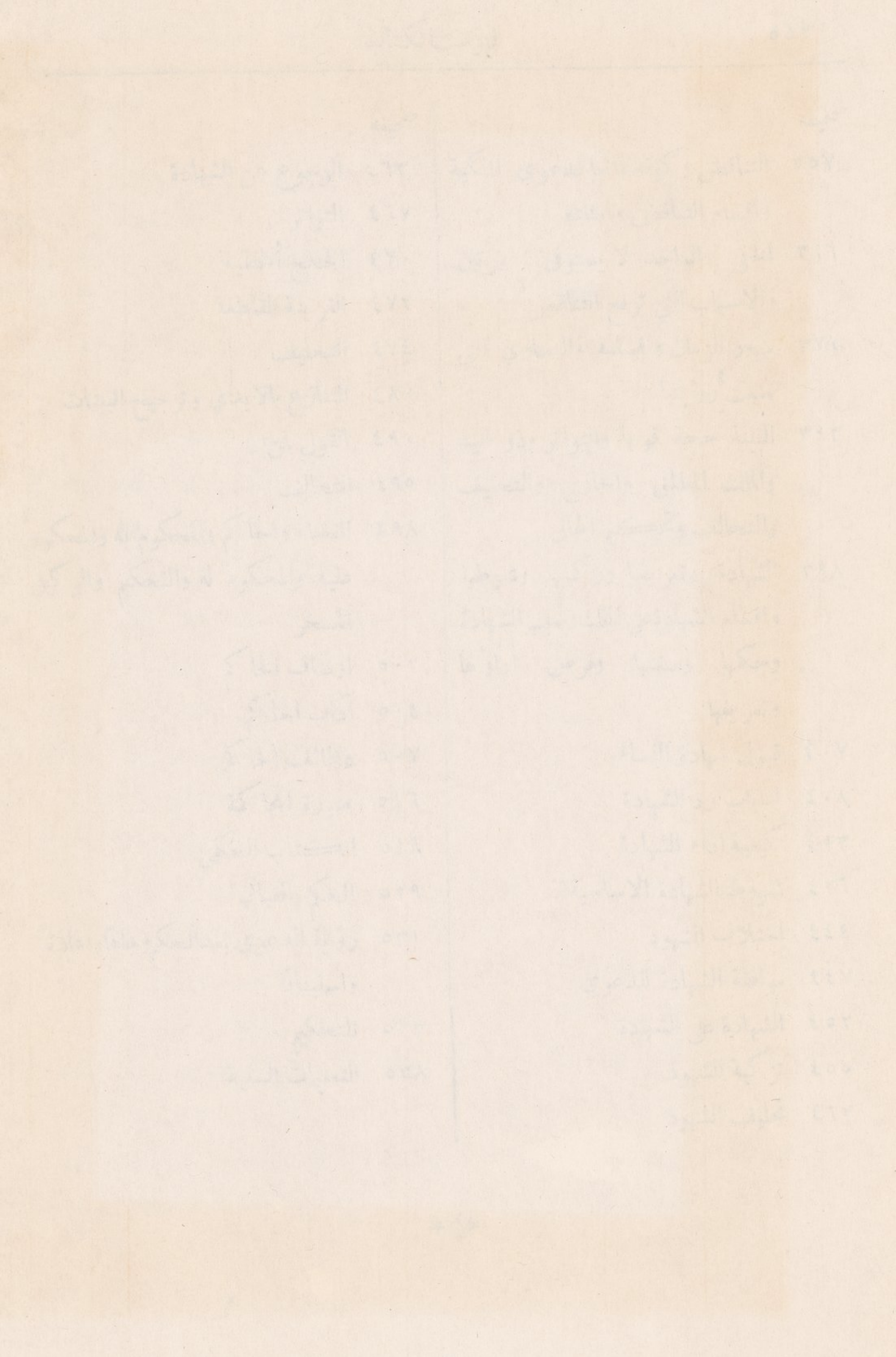
في ٤ جماد الاول سنة ١٢٩٦

« علاوة »

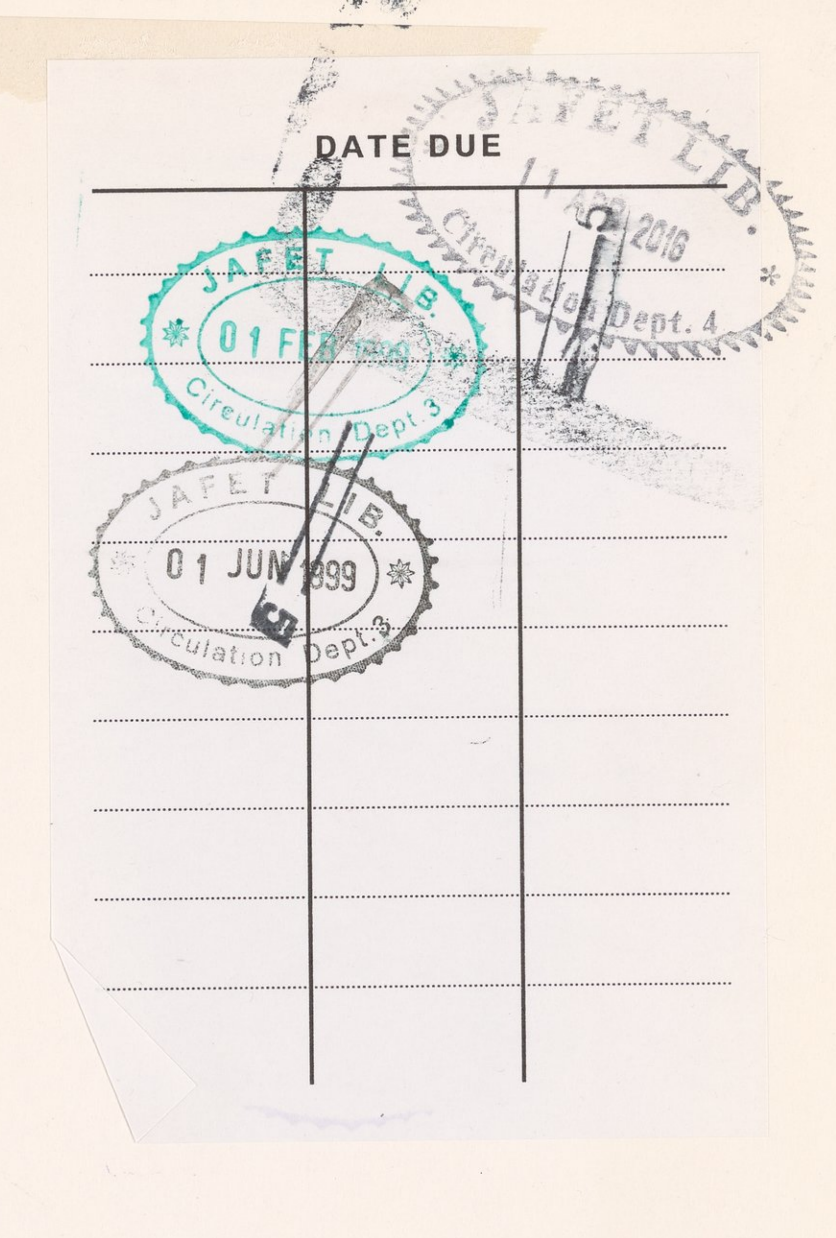
لا يجوز الحكم بلا بينة بمضمون السندات او الاعلامات التي نظمت قبل نشر لائحة التعليمات السنية هذه بل يلزم ان تطلب بينة على صحة مضمونها .

***








DATE DUE

